



المحكمة

الموجز في النظرية العامة للالتزام

تأليف
عبد المنعم حسني
المحامي

١٩٩١

ملحق العددين الثالث والرابع - السنة الحادية والسبعون •



الموجز في النظرية العامة للالتزام

تأليف
عبد الجنعم حسني
المحامى

١٩٩١

● ملحق العددين الثالث والرابع - السنة الحادية والسبعون ●

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« وقل اعملوا فسمي الله عملكم ورسوله والمؤمنون »

صدق الله العظيم

تقديم

فى تواضع العلماء .. ومن يقين المدقق والدارس .. وبكل الثقة غير المشوبة بالغرور ... وبكل الحماس فى تقديم فكر قانونى جديد .. وانطلاقاً من رغبة جادة فى إثراء المكتبة القانونية بما يرفع ويفيد .. يستقبل رجال القانون هذه الإضافة فى علم القانون ، يقدمها الزميل العزيز الأستاذ الفاضل عبد المنعم حسنى عضو مجلس النقابة .. ويستقبل الزملاء المحامون هذه الإضافة التى يحتويها هذا الملحق والتى تتناول نظرية الالتزام فى كل عناصرها وجوانبها وأركانها .

وإنه غنى عن كل بيان أن تناول الزميل العزيز لنظرية الالتزام ينطلق من علمه الوافر مستعيناً بأحدث الأحكام القضائية ، فلا نغالى فى القول بأن هذا الملحق هو فى حقيقته مرجع هام يتضمن دراسة علمية ميسرة يستقبلها العقل القانونى استقبالا حسناً .

وليس جديداً على الزميل العزيز الأستاذ الفاضل عبد المنعم حسنى إثراء المكتبة القانونية بهذا العمل العلمى القيم ، فقد سبق أن تقدم سيادته بجهود سابقة هى محل تقدير واعتزاز كل الزملاء من المحامين فمن حقه على كل رجال القانون تقديم كل شكر وثناء على معاونته التى أسداها لهم بمجهوداته العلمية المتصلة ، والتى يتقدم بها تبرعاً ، وإننا نسال المولى القدير أن يتيح له الاستمرار فى تقديم أطيب الثمر من بستان القانون .

وأحسب أن العمل القانونى لابد أن يبلغ مكانته اللائقة فى بلادنا من خلال كل إبداع فكري فى كافة مناحى القانون .

عصمت الهوارى

وكيل النقابة

وسكرتير التحرير

مقدمة

لا أحسب أنني في حاجة الى بيان السبب في اختياري لنظرية الالتزام كموضوع لهذا الكتاب ، فلا مبالغة ولا اسراف اذا قلت إن نظرية الالتزام هي من القانون المدنى ، بل ومن فروع القانون عامة ، بمثابة العمود الفقرى من الجسم .

فالناس - كل الناس - فى صلاتهم ببعض يدخلون فى علاقات لا حصر لها ، واذا كان واجب المشرع أن ينظم هذه العلاقات ، فانه مهما تعددت أشكال هذا التنظيم وصوره انما يخضع لقواعد عامة تهيمن على علاقات الأفراد من عل ، تلك هى قواعد الالتزامات .

واذ كانت المكتبة القانونية ذاخرة بالفعل بعدد غير قليل من مؤلفات فى نظرية الالتزام مما تتحنى الرؤوس لها ، فأننى مع ذلك وجدت نفسى أكتب فى ذات الموضوع وقد استهدفت أن يوفقنى المولى سبحانه وتعالى الى تقديم دراسة موجزة أشبه ما تكون بالمسكنات من الدواء ، مع يقينى بأن الدواء المسكن اذا صلح أحيانا للعلاج الوقتى فانه كثيرا ما يفيد فى علاج حاسم وشاف .

والله الموفق ،

الهرم فى أبريل سنة ١٩٩١

عبد المنعم حسنى
المحامى

الإلتزامات بوجه عام

١ - تعريف الإلتزام : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، فى المادة ١٢١ منه ، يعرف الإلتزام بأنه حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل . ويرى الدكتور المنهورى أن خير تعريف للإلتزام هو أنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

٢ - تقسيم الدراسة : فيما يلى نشرع فى دراسة موضوعات نظرية الإلتزام وفقا لأحكام القانون المدنى المصرى ، فنتكلم أولا فى مصادر الإلتزام ثم فى آثار الإلتزام ثم فى الأوصاف المعدلة لآثر الإلتزام ثم فى انتقال الإلتزام وأخيرا فى انقضاء الإلتزام . ونخصص لكل من هذه الموضوعات قسما مستقلا .

القسم الأول فى مصادر الالتزام^(١)

٣ - تعريف مصدر الالتزام : هو السبب القانونى الذى أنشأ الالتزام . وقد خصص الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدنى المصرى لمصادر الالتزام ، وذلك فى فصول خمسة : العقد ، الارادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الأثراء بلا سبب والقانون .

ونتكلم فى الأبواب التالية عن هذه المصادر ، مع ضم الحديث عن الارادة المنفردة الى حديثنا عن القانون باعتبار الارادة المنفردة تطبيقاً من تطبيقات القانون .

(١) أنظر بوجه خاص : المنهورى - الوسيط ج ١ - طبعة ١٩٦٤ . حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات نظرية العقد - طبعة ١٩٤٣ . أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - المصادر طبعة ١٩٥٤ . عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - طبعة ١٩٥٨ فى المصادر غير الارادية ، طبعة ١٩٦٢ فى المصادر الارادية - أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج ١ طبعة ١٩٦٢ . عبد المنعم الصده - مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٨ - سليمان مرقس - أصول الالتزام ج ١ طبعة ١٩٦٠ . وفى مجموعات الاحكام : عبد المنعم حسنى مدونة التشريع والقضاء فى المواد المدنية والتجارية - الموضوع العاشر (التزام) . ونشير إليها فيما بعد باسم مدونتنا المدنية والتجارية . عبد المنعم حسنى الموسوعة الذهبية للمبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ انشائها عام ١٩٣١ ، موضوع «التزام» ونشير إليها فيما بعد باسم مدونتنا وموسوعتنا الذهبية . عبد المنعم حسنى «المدونة الذهبية للمبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ عام ١٩٨٠» موضوع «التزام» . ونشير إليها فيما بعد باسم مدونتنا الذهبية .

الباب الأول

العقد

٤ - تعريف العقد : هو توافق ارادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه^(١) .

٥ - تقسيم البحث : نقسم الكلام في العقد، الى فصول ثلاثة .
نعرض في أولها لأركان العقد ، وفي ثانيها لآثاره ، وفي ثالثها لانحلال العقد .

الفصل الثاني

أركان العقد

الركن الأول - التراضي

المبحث الأول

وجود التراضي

٦ - التراضي هو تطابق ارادتين : تنص المادة ٨٩ مدني على أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد^(٢) .. فالتراضي إذن هو تطابق ارادتين . والمقصود بالارادة هنا

(١) المنهوي - الوسيط ج ١ ص ١٤٩ ، اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٤٨ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن التماقد بشأن بيع املاك الدولة الخاصة لا يتم بين الجهة البائعة وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه ممن يملكه (نقض مدني ١٩٩٠/٤/٢٢ - الطعن رقم ٢١١١ لسنة ٥٥ ق - غير منشور) .

الارادة التي تنتجها لاجداث أثر قلتونى معين هو انشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .

٧ - التعبير الصادر من الأصيل - الصريح والضمنى : التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود . ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا (م ٩٠ مدنى) ويبين من ذلك أن التعبير عن الارادة يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً . والمقرر أن أى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الارادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً فى شكل معين فلا يعتبر التعبير كاملاً الا إذا استوفى الشكل الذى يتطلبه القانون^(١) أو يشترطه الاتفاق .

والتعبير عن الارادة - أياً كان نوعه - لا ينتج أثره الا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه . وقد نص القانون على أن يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك (مادة ٩١ مدنى) .

ولأن التعبير عن الارادة يكون له وجود فعلى من وقت صدوره عن

(١) قضت محكمة النقض بأن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد عقد النقل البرى ولا تعتبر ركناً من أركانه (نقض ١٩٨٥/٤/٢٩ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث جـ ٢ فقرة ١٣٥٠) .

وقضت أيضاً بأنه لا يشترط لانعقاد عقد بيع المتجر - أو اثباته - أن يكتب أو أن يشهر لأنه عقد رضائى يتم بإرادة طرفيه وأن ما استلزمه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ من الكتابة والشهر إنما مطلوب ليحفظ البائع بحقه فى امتياز البائع وبحقه فى الفسخ ولا أثر له فى قيام العقد . (نقض مدنى ١٩٨٥/٣/٦ - المرجع السابق جـ ١ فقرة ٤٩٧) .

صاحبه ، نصت المادة ٩٢ منى على أنه اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ، أما اذا مات من وجه اليه القبول أو فقد أهليته قبل وصول القبول الى علمه فان العقد لا يتم^(١) .

٨ - التعبير الصادر من النائب : النيابة هي ابرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر ويسمى يسمى الأصل بحيث ينتج هذا العمل القانونى آثاره مباشرة فى ذمة الأصل^(٢) . والنيابة - بالنسبة الى مصدرها - تكون اما قانونية واما اتفاقية وقد تكون نيابة قضائية .

والمتفق عليه أنه يشترط حتى تكون هناك نيابة ما يأتى :

أولا - أن نحل ارادة النائب محل ارادة الأصل : وفى هذا يتميز النائب عن الرسول الذى يقتصر دوره على نقل ارادة الأصل دون أن يعبر عن ارادته هو . وقد نصت المادة ١٠٤ منى على أنه اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما . ومع ذلك اذا كان النائب وكىلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

ومن تطبيقات القضاء فيما نحن بصدد أنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا إلا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل ، إذ أن من له

(١) السهوى - المرجع السابق ص ٢٠١ .

(٢) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٥٠ .

ثقة في كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلًا عنه تحت مسؤوليته ، وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحري عما إذا كان بالغًا سن الرشد أو غير بالغ ، لأن معاملته من الوجهة القانونية هي مع الوكيل الذي لا يخرج عن كونه لسان موكله ، فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحمل تبعه الاساءة لمخاطرته في اختيار الوكيل^(١) .

ثانيا : أن يتعاقد النائب في حدود نيابته : يجب أن يعبر النائب عن ارادته في الحدود التي عينها سند النيابة ، فإذا هو جاوزها فقد صفة النيابة ولا ينتج عمله أثره بالنسبة للأصيل . ومع ذلك فإن العمل ينتج أثره بالنسبة للأصيل إذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته^(٢) .

ومن التطبيقات على ذلك انه اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الأصيل أو خلفائه (مادة ١٠٧ مدنى) كما نشير بهذه المناسبة الى أن المادة ٥٥ من قانون شركات المساهمة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ تقضى بأن يعتبر ملزما للشركة أى عمل أو تصرف يصدر من مجلس الإدارة أثناء ممارسته لأعمال الإدارة على الوجه المعتاد ، ويكون للغير حسن النية أن يحتج بذلك فى مواجهة الشركة ولو كان التصرف صادرا بالتجاوز لمسلطة مصدره أو لم تتبع بشأنه الإجراءات المقررة قانونا . وفى جميع الأحوال لا يجوز للشركة أن تدفع مسؤوليتها عن أية أعمال أو أوجه نشاط تمارسها بالفعل بأن نظام الشركة لم يصرح لها بالقيام بمثل تلك الأعمال أو أوجه النشاط .

(١) استئناف مصر ١٩٣٥/٥/٧ - المحاماة ١٦ من ٢٩٢ .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع : عبد الباسط جيمبى - مقال بعنوان الوكالة الظاهرة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الخامسة من ٢٨٣ وما بعدها .

هذا ولا يعتبر بيع الوصية مالا للقاصر دون إذن من محكمة الأحوال الشخصية مجاوزا لحدود نيابتها القانونية^(١) ، كما لا يعتبر العقد الذى تبرمه الإدارة مع الغير باطلا حتى ولو لم تكن الجهة المختصة قد اعتمدت المال اللازم لتنفيذ التعاقد أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ، أو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه^(٢) .

ومع ذلك فمن حق الأصيل أن يقر العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم فى حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الاقرار ويقتصر الأثر الرجعى للاقرار على علاقة الأصيل المقر بالتعاقد الآخر ، ولا يتعداهما الى أى شخص آخر حسن النية يكون قد تلقى من الأصيل قبل الاقرار حقا يؤثر فيه الأثر الرجعى للاقرار^(٣) .

ثالثا : تعاقد النائب باسم الأصيل : والمقصود بذلك أن تتوافر لدى كل من النائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد الى الأصيل مباشرة . أما إذا لم تتحقق هذه النية فإن آثار العقد تقتصر على عاقيه ولو أن أحدهما يعمل فى الحقيقة لحساب شخص ثالث^(٤) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أن من يعبر إسمه ليس إلا وكلاء عن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئا ، فهو كمائر الوكلاء لا يفرق عنهم إلا فى أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل . وينبنى على ذلك أن الوكيل المستتر فى الشراء لا يكتسب شيئا من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذى عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى

(١) نقض منى ١٦/١٢/١٩٨٠ - مونتقا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٤٧٤ .

(٢) الادارية العليا ١١/٢/١٩٥٦ - مجموعة المكتب الفنى ١ ص ٤٩١ .

(٣) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٦٥ .

(٤) نقض منى ٢٠/١١/١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ ص ١١٠٧ .

الأصيل . أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فالمقرر على ماتقضى به المادة ١٠٦ من القانون المدنى أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائئا أو مدنيا إلا فى حالتين هما : إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان مستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب^(١) .

٩ - آثار النيابة : لا تنصرف آثار العقد الذى يبرمه النائب إليه ، بل أن هذه الآثار ، حقوقا والتزامات ، تنصرف مباشرة الى الأصيل بحكم العقد ذاته دون حاجة الى اجراء ما . فيكون الأصيل هو طرف العقد لا النائب . أما علاقة النائب بالأصيل فيحكمها المصدر الذى استمدت منه النيابة .

١٠ - حظر تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه : لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل^(٢) . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة (مادة ١٠٨ مدنى) . ومن الامثلة التى يقضى فيها القانون بما يخالف حكم المادة ١٠٨ مدنى المشار إليها ماورد فى المادة ١٤ من قانون الولاية على المال من أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر . ومن أمثلة ماتقضى به قواعد التجارة فيما نحن بصدده أن يتعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى .

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٤/٢٤ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول -قرة ٨٨٢ .
(٢) قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الموقع على الإيصال منذ الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال - على ما انتهى إليه الحكم المعلوم فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة ودبة لدى الشركة ، فلن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد ودبة بين نفسه

١١ - توافق الارادتين : اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد وكان

قد عين ميعادا للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد (مادة ٩٣ مدنى) وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة . أما إذا لم يعين ميعادا للقبول ، فإن الموجب يتحمل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا (مادة ٩٤ / ١ مدنى) .

ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد (مادة ٩٤ / ٢ مدنى) .

ويجب حتى تتوافق الارادتين أن يكون القبول مطابقا للايجاب مطابقة تامة ولكن لا يلزم لاتعداد العقد أن يثبت الايجاب والقبول فى محرر واحد^(١) ، أما اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (مادة ٩٥ مدنى) .

١٢ - حالات خاصة فى القبول :

(أ) السكوت الملبس : اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحها بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب . ويعتبر السكوت عن الرد قبولا اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين

- وبين الشخص الاعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة) وهو مالا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ مدنى إلا بترخيص من الشركة أو باجازتها لهذا التماقد . وبالتالي لا يجوز للمدين أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة (نقض مدنى ١٩٦٣/١٢/١٩ - موسوعتنا الذهبية - ج ١٠ ققرة ١٩٤٦) .

(١) نقض مدنى ١٩٩٠/٢/١٤ - الطعن رقم ٢٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - غير منشور .

واتصل الايجاب بهذا التعامل ، أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه (م ٩٨ مننى) .

(ب) القبول فى عقود المزاو : لايتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاو^(١) . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (م ٩٩ مننى) .

(ج) القبول فى عقود الاذعان^(٢) : القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها (م ١٠٠ مننى) .

١٣ - **التعاقد فيما بين غائبين** : فرضنا فيما تقدم أن التعاقد تم بين حاضرين . ولكن يحدث أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد . وطبيعى أن تتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به ، وتنتج عن ذلك صعوبة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . وقد اختلف الرأى فى هذه المسألة ، الا أن القانون المصرى قد حسمها

(١) ولا يعتبر افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين إيجابا ، وانما الايجاب فى عقود المزاو يكون من جانب المزايد المتقدم بالعطاء (نقض مننى ١٩٦٤/١/٩ - موسوعتنا الذهبية ج٣ - فقرة ١٧١٨) . وقد قضت محكمة للنقض بأن مؤدى نص المادة ٩٩ من القانون المنى أن العقد فى المزايدات ينقد كأصل عام بإيجاب من المزايد وهو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزاو يتم برسو المزاو ، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاو أحكاما خاصة فى هذا الشأن فلن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع اليها باعتبارها قنونا المتعاقدين (نقض مننى ١٩٩٠/٣/١٤ - الطعن رقم ١٥٦١ لسنة ٥٦ ق - غير منشور) .

(٢) قضت محكمة للنقض بأن من خصائص عقود الاذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين أو المنفعين ، ويكون فيها احتكارا لمنتج هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة (نقض مننى ١٩٨٥/١٢/٢٣ - مدونتنا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ٣٥٩ انتهى الى أن عقد الاجار لا يعتبر من عقود الاذعان) .

بالنص في المادة ٩١ مدني على أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك^(١) .

ومن التطبيقات على ذلك ما نصت عليه المادة ٩٧ مدني بقولها «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول .

١٤ - الوعد بالتعاقد : تنص المادة ١/١٠١ مدني على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . والمسائل الجوهرية هي أركان العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان يتم العقد بدونها^(٢) . كما تنص المادة ٢/١٠١ مدني على أنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، والا وقع الوعد باطلا^(٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما نحن بصدد ما يأتى : «يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . ويشترط لصحة مثل

(١) قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت حصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه (نقض مدني ١٩٧٢/١٩ - موسوعة الذمبية ج ٣ فقرة ١٦٦) .

(٢) نقض مدني ١٩٧٣/٤/٢١ - موسوعة الذمبية ج ٧ فقرة ١٤١٨ .

(٣) سليمان مرقس - أصول الالتزامات ج ١ ص ١٥٠ ، أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ١١٨ .

هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها . أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين : وفى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر أن اغفال هذا الاحتياط يعين على الافلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى اتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . وكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغبان فى الافلات من القيود الخاصة به ، ويعمدا الى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكما يقرر اتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلوا من أى أثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى اتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقداً كاملاً يترتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الارادة ، وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى اتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به^(١) .

وإذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد (مادة ١٠٢ مدنى) ويشترط لذلك بطبيعة الحال أن يكون الوعد قد استوفى الشكلية المطلوبة فى العقد النهائى .

هذا ومتى اتفق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للتصرف الموعود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود

(١) مجموعة الأعمال للتحضيرية ٢ ص ٧٣ - ٧٥ .

إظهار رغبته في التعاقد فإن العقد ينعقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد .

١٥ - العربون : يتفق أحيانا أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغا من المال يسمى العربون . وقد نصت المادة ١٠٣ مدني على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ، فإذا عدل من دفع العربون ففده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

ويتبين من هذا النص أن المشرع المصري قد أخذ بالنسبة للعربون بدلالة العدول^(١) ومن هنا كان العقد المقترن بالعربون مرحلة غير مباشرة في العقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وترتبا على ذلك إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان دفعه دليلا على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي الذي هو عبارة عن اتفاق على التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد .

أما إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا يجب استكماله .

وغنى عن البيان أن تفسير العقود - فيما نحن بصدد - واستظهار نية طرفيها هو أمر تستقل به محكمة الموضوع مادام قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، وطالما أنها لم تخرج في تفسيرها للعقد واستظهار نية

(١) نقض مدني ١٩٨١/١٢/٢ - الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٦ ق .

المتعاقدين عن المعنى الظاهر لعباراته ، وأنها فى ذلك لا تنقيد بما تفيد
عبارة معينة منها وإنما بما تفيد فى جملتها^(١) .

المبحث الثانى صحة التراضى

١٦ - الأهلية وعيوب الإرادة : لا يكفى أن يكون التراضى
موجودا ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا . وهو لا يكون كذلك الا
إذا كان صادرا من ذى أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة
بعيب . ونبدأ بالكلام فى الأهلية ، ثم فى عيوب الإرادة .

الفرع الأول الأهلية

١٧ - تعريف الأهلية : هى الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل
بالالتزامات ، والقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية التى يترتب عليها
هذا أو ذاك . والأهلية نوعان : أهلية وجوب عبارة عن صلاحية
الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وهذه تثبت لكل انسان .
وأهلية أداء عبارة عن صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه
على وجه يعتد به قانونا . وهذه تقوم على التمييز .

(١) نقض مننى ١٩٨١/١٢/٢ - مشار إليه . وقد قضى أيضا بأن النص فى الفقرة
الثانية من المادة ١٠٣ من القانون المننى يدل على أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول
إلا أن شروط التعاقد قد تقضى بغير ذلك ، والمرجع فى بيان هذه الدلالة هو بما تستقر
عليه نية المتعاقدين واعطاء العربون حكمه القانونى ، وأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر
نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها فتستبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض
الثمن الذى انعقد به البيع باتا أو أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك
يدخل فى مطلقتها التقديرية التى لاتخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها
يقوم على أسباب مألوفة (نقض مننى ١٩٨١/١١/٢٦ - مونتقا الذهبية - العدد الثانى -
فقرة ١٦٦٨) .

١٨ - تدرج الأهلية بحسب السن : قسم المشرع حياة الانسان فيما يتعلق بأهلية الأداء الى ثلاثة أنواع هي :

١٩ - (أ) الصبي غير المميز : وهو الطفل الذى لم يبلغ سن السابعة . وقد اعتبره القانون فأقدا للتمييز . ونص فى المادة ١١٠ منى على أنه ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة .

٢٠ - (ب) الصبي المميز : وهو من بلغ السابعة ولم يبلغ الواحدة والعشرين . وقد اعتبره القانون ناقصا للتمييز ، ونص فى المادة ١١١ منى على أنه اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر^(١) . ويزول حق التمسك بالإبطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه من الرشد^(٢) أو اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

ويستثنى من ذلك أنه اذا بلغ الصبي الثامنة عشرة وائن له فى تسلم أمواله لإدارتها فإن أعمال الإدارة الصادرة منه تكون صحيحة فى حدود القانون (أنظر المواد من ٥٤ الى ٦٣ من قانون الولاية على المال وتعطى القاصر المميز أهلية فى القيام ببعض التصرفات المتعلقة بشئون معيشته وما يكسبه من عمله) .

٢١ - (ج) البالغ الرشيد : وهو من بلغ إحدى وعشرون سنة

(١) قضت محكمة النقض بأن ثبوت القصر عند التعاقد يكفى لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن ومهما كان مقدار ما افاد القاصر منه ، ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقدين الآخر وأخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه من الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها (نقض منى ١٩٨٠/٣/١٢) - مونتقا للنهية - للعدد الأول - فقرة ٢٦٦ .

(٢) فالإجازة باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن اسقاطا لحق ، لا يملكها ناقص الأهلية (نقض منى ١٩٨٠/٣/١٢ - المرجع السابق - فقرة ٤٠٤) .

ميلادية كاملة . وقد اعتبره القانون كاملا للتمييز ، ونص في المادة ٤٤ مدنى على أن كل شخص بلغ من الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

ويعتبر القاصر رشيدا بمجرد بلوغه إحدى وعشرين سنة دون أن يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية أو الولاية عليه ، وتثبت له الأهلية كاملة بحكم القانون دون ما حاجة إلى حكم من المحكمة بذلك^(١) .

٢٢ - عوارض الأهلية : وهى نوعان . نوع يعدم الأهلية وهو الجنون (وهو مرض يصيب الانسان فيعدم الإدراك لديه) والعته (وهو مرض يلحق خللا بالعقل بحيث يصبح صاحبه مضطرب القول والعقل) . ونوع ينقص الأهلية ، وهو السفه والغفلة . وإذا كان المجنون والمعتوه فاقدى الأهلية ينبغى أن تقع جميع تصرفاتهما باطلة بطلانا مطلقا كتصرفات الصبي غير المميز . وتكون هذه التصرفات كذلك اذا صدرت منهما بعد تسجيل قرار الحجر أو اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

والسفه (وهو تبذير المال على غير مايقضى به العقل) والغفلة (وهى طيبة القلب والمذاجة التى يترتب عليها أن يغبن صاحبها فيما يجريه من معاملات) ينقصان التمييز فلا يترتب عليهما سوى نقص الأهلية كالصبي المميز ، ويجب لذلك أن يصدر قرار بالحجر عليهما وأن يسجل هذا القرار ، ما لم تكن التصرفات الصادرة قبل ذلك قد وقعت نتيجة استقلال أو تواطؤ .

٢٣ - موانع الأهلية : قد تكتمل أهلية الشخص ، ومع ذلك يعوقه مانع عن مباشرة التصرفات القانونية أو عن الاستقلال بمباشرتها . وموانع الأهلية هى :

(١) نقض مدنى ١٢/٣/١٩٨١ - مونتقا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ٣٠١ .

١ - الغيبة : فالغائب هو أحد ثلاثة : (أ) المفقود الذي لاتعرف حياته أو مماته . (ب) من لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم . (ج) من كان له محل إقامة أو موطن معلوم بالخارج واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في ادارتها .

وتقيم المحكمة وكلا عن الغائب تسرى عليه الأحكام المقررة في شأن الأوصياء .

٢ - الحكم بعقوبة جنائية : تنص المادة ٢٥ عقوبات على حرمان من حكم عليه بعقوبة جنائية من ادارة أمواله طيلة مدة الاعتقال . ويكون لهذا الشخص أن يختار قيما تصدق عليه المحكمة المدنية التي يقع بدائرتها موطنه ، فان لم يختار كان لهذه المحكمة أن تعين له قيما بناء على طلب النيابة العمومية أو أى شخص آخر ذى مصلحة^(١) .

٣ - العاهة المزبوجة : اذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك (مادة ١١٧ / ١ مدنى) .

(١) جرى قضاء محكمة النقض على أنه لا يمكن القول على وجه التعميم بأن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما ترتيب الأحكام الواردة في الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه في المادة ٢٥/٤ من هذا القانون ، وأن لقاعدة في ذلك وفقا لمادة الثانية منه هي مراعاة أحكام هذا الباب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والجرائم الواردة في القوانين الأخرى ما لم يرد في تلك القوانين نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور . وهذا الاستثناء قد يكون كليا أى ملما من تطبيق جميع الأحكام أو جزئيا أى ملما من تطبيق بعضها مع سريان باقيها . وانتهت المحكمة من ذلك إلى مريان الحرمان المنصوص عليه في المادة ٢٥ عقوبات على الأحكام الصادرة بعقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو المسجون من المحاكم العسكرية عملا بقانون المحاكم العسكرية (نقض مدنى ١٣/٦/١٩٧٩ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول فقرة ١٢٩٠) .

وفى تقدير المساعدة فإن القرار يتضمن تعيين الدسرفات التى تلزم المساعدة فيها وتلك التى لا تكون لازمة بالنسبة لها . والتصرفات التى لا تدخل ضمن المساعدة فإن ذا العاهتين يعتبر كامل الأهلية فى مباشرتها . وأما التصرفات التى تلزم فيها المساعدة فلا تكون صحيحة إلا اذا أقرها المساعد . وفى تلك تقول الفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى إنه يكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة^(١) .

٤ - العجز الجسمائى الشديد : يجوز تعيين مساعد قضائى للشخص اذا كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمائى شديد . مثال ذلك الإصابة بالشلل النصفى وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يصل الى درجة الصمم والعمى . واذا عيّن المساعد القضائى سرت الأحكام الخاصة باجتماع عاهتين (العاهة المزوجة) .

الفرع الثانى

عيوب الارادة

٢٤ - حصر عيوب الارادة : اشتمل المشروع التمهيدى للقانون المدنى على نص جرى بأن لكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انتزع رضاه بالاكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب ابطال العقد وفقا للأحكام التالية . وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى . ومنه

(١) ويعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدنى (المادة ٧٣ من قانون الولاية على المال) .

يتبين أن عيوب الارادة هي الغلط والتليس والاكراه والاستغلال .
ونتولى الآن بحث هذه العيوب على التوالى .

أولا - الغلط

٢٥ - تعريف الغلط : هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع^(١) . والغلط الذى نعينه هو الغلط الذى يعيب الارادة ، وهذا لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد والا انعزم التراضى ، ولكنه يجب أن يكون غلطاً جوهرياً ، كما يجب أيضاً أن يتصل به المتعاقد الآخر حتى يمكن الاعتداد به .

٢٦ - (أ) الغلط الجوهري : معيار الغلط الجوهري فى القانون المصرى معيار ذاتى . فهو إذن الغلط الذى يبلغ ، فى نظر المتعاقد الذى وقع فيه ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط . فهو اذا وقع فى صفة للشئ وجب أن تكون هذه الصفة جوهريّة فى اعتبار المتعاقدين ، واذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى للتعاقد .

أما الغلط فى القيمة فلا يجوز الاعتداد به الا اذا كان قد ترتب عليه اختلال فادح^(٢) . وكذا الغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال^(٣) . ويكون العقد قابلاً للإبطال أيضاً بسبب الغلط فى القانون اذا كان هذا الغلط جوهرياً (مادة ١٢٢ منق) .

وهذه الاحكام - على ما جرى به قضاء المحكمة الادارية العليا - لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتعين الأخذ بها^(٤) .

(١) السنهورى - الوسيط ١ من ٣١١ .

(٢) اسماعيل غنم - النظرية العامة للعقود - ١٩٦٦ من ١٩٥ .

(٣) السنهورى - المرجع السابق من ٣٢٧ .

(٤) الادارية العليا ١٩٦٨/٣/٢ - مجموعة للمكتب للفق ١٣ من ٦٢٥ .

٢٧ - (ب) الغلط المشترك : أراد المشرع أن يكفل التعامل فيعنى المتعاقد من أن يفاجأ بدعوى إبطال يرفعها الطرف الآخر مستندا الى غلظه في اعتبار معين اعتد به وظل كامنا في نفسه . ولذلك لا يجيز القانون للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب الإبطال اذا كان قد استقل بهذا الغلط فلم يتصل به المتعاقد الآخر . ويتحقق هذا الاتصال طبقا للمادة ١٢٠ مدنى في حالات ثلاث : واذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وغنى عن البيان أنه يشترط لإبطال العقد بسبب الغلط المشترك أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من أن هذا الغلط هو الدافع الى التعاقد^(١) .

٢٧ مكررا - الغلط في الحساب وغلطات القلم : لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط (مادة ١٢٣ مدنى) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن سلطة القاضى في بيان الغلط المادى الذى يقع في العقود لا تنقل عن سلطته في فسخها وتعديلها ، فله أن يتحرى الارادة الظاهرة للمتعاقد للوقوف على الغلط الذى شاب هذه الإرادة من واقع الظروف والملابسات التى صاحبت عملية التعاقد ، فإذا استبان له وجود غلط قام بتصحيحه على وجه يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة بحيث لا يستغل أحد طرفى العقد ما وقع فيه الطرف الآخر من غلط في الحساب أو في الكتابة^(٢) .

٢٨ - حسن النية في التمسك بالغلط : لا يجوز التمسك بالغلط اذا تعارض ذلك مع حسن النية . نصت على ذلك المادة ١٢٤ / ١ مدنى وتعتبر احدى تطبيقات التعسف في استعمال الحق . وتطبيقا لذلك يبقى

(١) حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات ص ١٩٠ .

(٢) الادارية العليا ١٩٧٣/١١/٢٤ - مجموعة المكتب للقنى ١٩ ص ١٧ .

من وقع فى الغلط ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه اذا أظهر الطرف الآخر استعدادَه لتنفيذ هذا العقد (مادة ١٢٤ / ٢ مدنى) .

ثانياً - التلّيس

٢٩ - تعريف التلّيس : هو إيهام الشخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد^(١) ويستخلص من نص المادتين ١٢٥ و ١٢٦ مدنى أن للتليس عنصريّن :

١ - استعمال طرق احتيالية وهذا هو العنصر الموضوعى .

٢ - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . وهما عنصيران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما اذا كان التليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير .

٣ - (أ) استعمال طرق احتيالية : ويتعين أن ينطوى ذلك على عنصر مادى هو الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى ارادة الغير ، وهذه لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعّمه لاختفاء الحقيقة ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار ذاتى^(٢) .

وقد يكفى لقيام العنصر المادى أحياناً ، مجرد الكذب ، أو مجرد الكتمان . فيعتبر تليسياً المكوث عمداً عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدّعى عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (مادة ١٢٥ / ٢ مدنى) .

على أن الحيل بذاتها لا تكفى بل لابد من توافر نية التضليل ، فالتليس لابد فيه من «العمد وسوء النية»^(٣) .

(١) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٠٨ .

(٢) المنهورى - المرجع السابق ص ٣٤٥ .

(٣) نقض مدنى ١٩٣٦/٢/٢٠ - مجموعة عمر ج ١ ص ١٠٤٩ . وأيضاً : أحمد

حشمت أبو سليّم - نظرية الالتزام ص ١٢٢ .

٣١ - (ب) التندليس هو الدافع الى التعاقد : فابطال العقد للتندليس يشترط فيه أن تكون الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المتعاقد العقد . وتقدير ذلك ينظر فيه الى شخص المتعاقد المدلس عليه ، فتراعى درجة ثقافته وذكائه وخبرته وسنه . وهذه جميعها مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع^(١) .

٣٢ - اتصال المتعاقد الآخر بالتندليس : اذا صدر التندليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التندليس (مادة ١٢٦ مدنى) . أما اذا لم يستطع المتعاقد اثبات هذا أو ذاك ، لم يكن له سوى الرجوع بالتعويض على الغير الذى صدر منه التندليس طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية^(٢) . ولا يعتبر تدليسا من الغير فيما نحن بصدد التندليس الصادر من النائب عن أحد الطرفين (مادة ١٢٥ / ١ مدنى) .

ثالثا - الاكراه

٣٣ - تعريف الاكراه : هو ضغط يقع على الشخص فيبعث فى نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد^(٣) . فالذى يفسد الرضا ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الاكراه بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد . ويستخلص من نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ مدنى أن عناصر الاكراه كعناصر التندليس ، اثنان : ١ - استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعى ، ٢ - رهبة فى النفس يبعثها الاكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . ولا يهم بعد ذلك ما اذا كان الاكراه صادرا من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٢٠ - مجموعة المكتب القنى ١٥ ص ٢٦٣ .

(٢) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٨ .

٣٤ - (أ) استعمال وسائل للاكراه : لا بد من استعمال وسائل للاكراه تقع على الحص أو على النفس ، فتهدد المتعاقد المكره ، أو شخصا عزيزا عنده ، بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ويشترط أن تكون الرهبة المكونة للاكراه غير مشروعة ، وقد عبرت عن ذلك المادة ١٢٧ / ٢ مدنى بقولها أن تكون الرهبة قد بعثت «دون حق» فى نفس المتعاقد المكره .

والعبرة فى ذلك بالفرض الذى تستهدفه وسيلة الاكراه . فالوسيلة قد تكون مشروعة ومع ذلك يتحقق الاكراه اذا استعملت هذه الوسيلة للوصول الى غرض غير مشروع^(١) . من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتنزاز فائدة غير مشروعة من المدين^(٢) ، أو أن يستغل صاحب النفوذ الأببى أو الاقتصادى نفوذه ليحقق غرضا غير مشروع .

٣٥ - (ب) رهبة تحمل على المتعاقد : يجب أن تكون الرهبة قد ضغطت على ارادة المتعاقد بحيث أصبح مطلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هى التى حملته على التعاقد ودفعته اليه دفعا . ويراعى فى ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره ، وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتى . ومن ثم يتعين أن ندخل فى الاعتبار كل العوامل التى يكون من شأنها تكييف نفسية المتعاقد المكره ، من جنس ومن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامه الاكراه كما تقول المادة ١٢٧ / ٣ مدنى .

(١) السنهورى - المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن الدائن الذى يهدد مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلى غرض مشروع فلا يعتبر الاكراه قد وقع منه بغير حق - إلا أنه إذا اساء استعمال الوسيلة المقررة قانونا بأن استخدمها للوصول إلى غرض غير مشروع كما إذا استغل المكره شقيق المكره لابتزاز منه ما يزيد عن حقه ، فإن الاكراه فى هذه الحالة يكون واقعا بغير حق ولو أن الدائن قد اتخذ وسيلة قانونية لبلوغ غرضه غير المشروع (نقض مدنى ١٩٧٤/١/٢ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ ققرة ٤٦) .

وهذه أمور تقديرية لقاضى الموضوع لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض اللهم فى وجوب الاعتداد بها^(١) .

٣٦ - مصدر الاكراه : اذا صدر الاكراه من الغير ، فلا يكون العقد قابلاً للإبطال الا اذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الاكراه (مادة ١٢٨ مدنى) ولكن الرهبة التى تحمل على التعاقد قد تنتج عن ظروف تهيأت مصادفة وهو ما يعبر عنه بحالة الضرورة . والمقرر أن الاكراه يتحقق فى هذه الحالة أيضا مادامت ارادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط فالارادة فاسدة سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لايد لأحد فيها ، فأثر الضغط فى ارادة المتعاقد واحد فى كل هذه الاحوال .

ويجب التمسك بعيب الاكراه أمام محكمة الموضوع ، فلا يقبل ابداء هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) .

رابعا - الاستغلال

٣٧ - الغبن والاستغلال : الغبن هو عدم التعادل بين مايعطيه التعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد ، فهو فى ذاته أمر مادى . أما الاستغلال فهو أمر نفسى . ومن ثم يمكن القول أن الغبن هو الأخذ بنظرية عامة فى الاستغلال كميب من عيوب الرضا ، بدلا من النص على حالات جزئية يعتد فيها بالغبن المادى . وهذا هو اتجاه القانون المدنى المصرى ، بالاضافة الى ابقائه على بعض حالات للغبن المادى (أنظر المادتين ٤٢٥ و ٨٤٥ مدنى) .

وللإستغلال عنصران ، عنصر موضوعى هو اختلال التعادل أو انعدام المقابل فى العقد وعنصر نفسى هو حالة الضعف التى يوجد فيها

(١) نقض مدنى ١٥/١٢/١٩٥٥ - مجموعة أحكام النقض ٦ ص ١٥٨٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٣/٦/١٩٧٥ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ ص ١٢٤٩ .

أحد الطرفين فيستغلها الطرف الآخر . وبين العنصرين علاقة سببية ،
فالاختلال إنما هو نتيجة للاستغلال^(١) .

٢٨ - (أ) **العنصر الموضوعي** : ويتحقق إذا كان قد ترتب عليه
في عقد المعاوضة أن اختل التبادل اختلالاً قادحاً بين التزامات أحد
المتعاقدين وبين ما حصل عليه من فائدة بمقتضى العقد ، أو ترتب عليه
أن أبرم من وقع عليه الاستغلال عقد تبرع ، أى أعطى دون أن يأخذ
أى مقابل . والعبرة في تقدير الاختلال بوقت انعقاد العقد^(٢) .

٢٩ - (ب) **العنصر النفسي** : وهو ينحصر في أن أحد المتعاقدين
يستغل في المتعاقدين الآخر طيشاً بئناً أو هوى جامحاً^(٣) . فلا يكفي أن
أن تستغل حاجة المتعاقدين ، أو عدم خبرته ، أو ضعف ادراكه^(٤) ، أو
يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف .

ولا يكفي في الاستغلال مجرد التحقق من قيام حالة الطيش أو الهوى
في المتعاقدين ، بل يجب أن يكون المتعاقدين الآخر قد استغل هذا الضعف
فيه ، وهذا يقتضى أن يكون المتعاقدين الآخر عالماً على الأقل بحالة
الضعف هذه . على أنه يكفي ثبوت العلم للاستدلال على وقوع
الاستغلال ، مادام العقد ينطوى على غبن فاحش أو انعدم فيه المقابل .

٤٠ - **جزاء الاستغلال** : إذا توافرت عناصر الاستغلال جاز
للقاضى ، بناء على طلب المتعاقدين المغبون ، أن يبطل العقد أو أن
ينقص التزامات هذا المتعاقدين . فالقانون يرتب على الاستغلال احدى
دعويين : دعوى ابطال ودعوى انقاص . وسواء طلب المتعاقدين المغبون
الابطال أو طلب الانقاص فإنه يجب أن يرفع دعواه في خلال سنة من
تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة (مادة ٢/١٢٩ منى) . وتبدأ

(١) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٢٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٣) توفيق فرج - نظرية الاستغلال - ط ١٩٥٧ ص ٢٨٣ و ٣١٢ ومابعدها .

(٤) نقض منى ١٩٨١/١٢/٣١ - مدونتنا الذهبية - العدد الثلثى - فقرة ١٦٦٩ .

السنة من وقت تمام العقد ، وينتقد البعض هذا الحكم ، لأن احتساب السنة من وقت تمام العقد قد يفوت على المخبون حقه فى الطعن اذا استمرت حالة الطيش أو الهوى بعد انقضاء سنة من التعاقد^(١) .

هذا وتعطى المادة ١٢٩ / ٣ مدنى - اذا كان العقد معاوضة - للمتعاقد الذى صدر منه الاستغلال ، أن يتوقى الحكم بإبطال العقد أو الحكم بانقاص التزامات المتعاقد الذى وقع عليه الاستغلال ، اذا عرض زيادة فى التزاماته هو يراها القاضى كافية لرفع الغبن .

الركن الثانى - المحل

٤١ - تعريف المحل : محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم المدين بالقيام به^(٢) والمدين يلتزم اما بنقل حق عينى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل^(٣) . ويستخلص من نصوص المواد ١٣١ - ١٣٥ مدنى أن محل الالتزام يجب أن يكون : (١) موجودا أو ممكنا . (٢) معيناً أو قابلاً للتعين . (٣) قابلاً للتعامل فيه .

٤٢ - أولاً - شرط الوجود أو امكانية الوجود : اذا كان الالتزام محله نقل حق عينى . فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وهكذا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (مادة ١٣١ مدنى) . على أن القانون قد حرم لاعتبارات خاصة ضروريا من التعامل فى الأشياء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل (المادة ١٠٣٣ / ٢ و ١٠٩٨ مدنى) . وقد يحرم جميع ضروب التعامل

(١) انور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ١ بند ١٦٢ .

(٢) المنهورى - الوسيط ١ ص ٤١٨ .

(٣) عبد الحمى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٢٠٥ ومابعدها ، انور

سلطان - مصادر الالتزام ص ٢٠٧ .

فى نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل فى
التركة المستقبلية (مادة ١٣١ / ٢ منى) .

هذا بالنسبة للالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى . أما الالتزام
الذى يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه
ممكناً . وقد نصت على ذلك المادة ١٣٢ منى بقولها : إذا كان محل
الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً . والمقصود بالاستحالة التى
تحوّل دون نشوء الالتزام وتؤدى الى بطلان العقد هى الاستحالة
المطلقة التى تكون قائمة وقت التعهد بالالتزام^(١) . وهذه هى الاستحالة
التي تقوم بالنسبة لجميع الناس . أما الاستحالة النمبية ، فلا تحوّل دون
قيام الالتزام ويسأل المدين عن عدم تنفيذه .

٤٣ - ثانياً - شرط التعيين أو القابلية للتعيين : يجب لاتعاقد
العقد أن يتفق على تعيين محل الالتزام ، أو على الأقل أن يتم الاتفاق
على الأسس التى تمكن من تعيينه .

وتختلف طريقة تعيين الشيء باختلاف ما إذا كان شيئاً قيمياً أو
مثلياً . فالشيء القيمي يعين بذاته أما الشيء المثلى فيكفى تعيينه بجنسه
ونوعه ومقداره^(٢) . على أنه يكفى أن يكون الشيء قابلاً للتعيين ، بأن
يتضمن العقد صراحة أو ضمناً الاتفاق على أسس يتعين بها الشيء فى
المستقبل إما بذاته وإما بنوعه ومقداره^(٣) .

(١) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٢٣٩ و ٢٤٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه يكفى لتحقيق ما تقضى به المادة ١٣٣ من القانون
المنى من تعيين محل الالتزام أن يحدد فى العقد المعين محل التعاقد تحديداً نائياً للجهالة
(نقض منى ١٩٨١/٢/٢١ - مودنتنا الذهبية - العدد الثانى لفرقة ١٦٦٣) . كما قضت
المحكمة الإدارية العليا بأنه يكفى فى تعيين المبيع - إذا ما وقع البيع على شيء معين
بالذات - أن تبين أوصافه الأساسية ببياناً يمكن من تعرفه سواء كان ذلك فى صلب العقد
ذاته أو فى أية ورقة أخرى مكملة أو متممة لاتفاق المتعاقدين (الإدارية العليا
١٩٧٧/٣/٢٢ - مجموعة للمكتب الثانى ٢٢ ص ٥٠) .

(٣) نقض منى ١٩٥١/١١/٨ - مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٢٦ .

وجدير بالذكر أنه إذا كان محل الالتزام نقودا ، فإن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (مادة ١٣٤ مدنى) . ونشير بهذه المناسبة إلى الالتزام برد القروض الممنوحة بالعملات الاجنبية ، فالمدين بتلك القروض وإن كان يلتزم برد ما اقترضه من عملات بقدر عددها المذكور في العقد ويصرف النظر عما يكون قد أصاب القوة الشرائية لتلك العملات من تغيير وقت حلول أجل الوفاء ، إلا أنه إذا حدث أن طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فإنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . وتلك هى نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها فى المادة ١٤٧ / ٢ من القانون المدنى وسوف نعرض لها فيما بعد .

٤٤ - ثالثا - شرط القابلية للتعامل : لا ينشأ الالتزام الا اذا كان محله مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب (مادة ١٣٥ مدنى) .

وشروط المشروعية شرط عام أيا كان محل الالتزام ، سواء كان التزاما بعمل أو امتناع أو التزاما باعطاء شيء . والأشياء التى تخرج عن التعامل ، اما أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى يشترك فى الانتفاع بها الناس كافة كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس واما أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ، كالأموال العامة (مادة ٨٧ / ٢ مدنى) والتركات المستقبلية (مادة ١٣١ / ٢ مدنى) والاراضى المقسمة قبل صدور قرار التقسيم (القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠) .

ولايجوز أيضا أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام ، ويستتبع ذلك أنه لايجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب . وليس هنا محل دراسة النظام العام والآداب ، و فقط نشير

الى فكرتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور وهما :

١ - فكرة المعيار ، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة . ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

٢ - فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب الا في أمة معينة وفي جيل معين .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدده ما قضت به من أن مفاد المادة ١٣٥ من القانون المدني أنه لايجوز أن يتعارض محل الالتزام مع نص ناه في القانون لأن مخالفة النهي المقرر بنص في القانون يندرج تحت مخالفة النظام العام أو الآداب بحسب الأحوال ، وأنه لما كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ تحظر على المالك القيام بإبرام أكثر من عقد ايجار واحد للمبنى أو الوحدة منه ، ولئن كانت لم تنص صراحة على البطلان بلفظه جزاء مخالفتها ، الا أن مقتضى الحظر الصريح الوارد فيها وتحريم مخالفته - بحكم المادة ٤٤ من هذا القانون - يرتب هذا الجزاء وهو بطلان العقود اللاحقة للعقد الأول وإن لم يصرح به^(١) . ومن ذلك أيضا أن تحديد أجره الاماكن طبقا لقوانين الايجار الاستثنائية من مسائل النظام العام ، وأن الاتفاق على أجره تجاوز الحد الأقصى للأجرة القانونية يقع باطلا بطلانا مطلقا ، الا أن الاتفاق على تخفيض الأجرة عن الحد الأقصى لا يعتبر مخالفا للنظام العام سواء تم هذا الاتفاق في فترة مريان المدة الاصلية للعقد أو خلال الفترة التي امتد إليها بقوة القانون^(٢) .

(١) نقض مدني ١٩٨٢/١/٢٩ - دونتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ٥٩١ ، وفي نفس المعنى : نقض مدني ١٩٩٠/١/٨ - الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٥٤ ق - لم ينشر .
(٢) نقض مدني ١٩٨٦/١٢/٤ - دونتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٣٩٩ .

الركن الثالث - السبب

٤٥ - السبب في نظر القانون المدني المصري : هو الباعث الدافع الى التعاقد ، لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد . وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . ولا بد في القانون المدني المصري من أن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر . فاذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين الى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ويكون العقد صحيحا ، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بخلط أو تدليس أو باكره ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به^(١) .

٤٦ - ١ - شرط وجود السبب : المقصود بعدم وجود السبب ليس عدم وجود غرض مباشر للملتزم من التزامه ، فالالتزام بغير غرض لا يتصور الا من مجنون ، بل ان عدم وجود السبب يعنى أن الالتزام ليس له مقابل ولم تثبت نية التبرع لدى المدين^(٢) .

على أن هناك حالات يتجرد فيها الالتزام من سببه ، فيبقى الالتزام قائما ولو لم يوجد له سبب ، وهذا هو الحال في الانابة في الوفاء والكفالة وهذه تتميز بأن سبب الالتزام فيها لا يتصل بعلاقة المدين بدائنه ، بل هو يتصل بعلاقة بين المدين وشخص ثالث . على أن تجريد الالتزام من سببه ليس تطبيقا لمبدأ عام وانما هو استثناء من القاعدة العامة في اشتراط وجود السبب ، وانما يفسره ، في الحالات التي يتقرر فيها التجريد ، الحاجة الى وقاية الدائن من أن يفاجأ ببطلان الالتزام لعيوب قد تشوب علاقة المدين بشخص ثالث .

(١) المنهوى - الوسيط ج ١ ص ٥١٥ و ٥١٦ .

(٢) اسماعيل غنم - المرجع السابق ص ٢٦٢ .

٤٧ - ٢ - شرط مشروعية السبب : لا يكفي لقيام الالتزام أن يوجد له مقابل ، بل يجب أن يكون هذا المقابل مشروعاً . وإلى هذا المعنى أشارت المادة ١٣٦ مدني بقولها إذا كان سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب^(١) ، كان العقد باطلاً .

والسبب الذي يجب أن يكون مشروعاً ، ليس هو فحسب الغرض القريب المباشر ، بل هو كذلك الباعث الدافع إلى التعاقد . على أن بواعث الإرادة التعاقدية كثيرة ومتنوعة ، ومن الواضح أن تنصص كل بواعث الإرادة يؤدي إلى إهدار استقرار التعامل ، ولهذا يكفي لتحقيق الحماية الاجتماعية الوقوف عند الباعث الرئيسي على التعاقد ، الذي لولاه لما أقيم العقد على التعاقد ، ولا يعتد بما قد يوجد بجانب هذا الباعث من بواعث ثانوية ولو كان منها ما هو غير مشروع .

٤٨ - إثبات السبب : أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان : (أولهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام وإن أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدعين الذي يطعن في العقد (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدعين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية^(٢) .

(١) قضت محكمة النقض بأن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة (نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢٤ - مونتانا الذهبية - العدد الأول - فقرة ١١١٤) .

(٢) المنكورة الإيضاحية للقانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

وبالنسبة لطرق الإثبات فهي تختلف بحسب ما إذا كان سند الالتزام قد تضمن ذكر سببه ، وادعى المدين أن السبب المذكور سبب صوري ، حيث يجب عليه الإثبات بالكتابة إلا إذا كان الإدعاء هو أن السبب المذكور يستر سببا غير مشروع فتكون الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون وإثبات ذلك جائزا بكافة طرق الإثبات^(١) والأمر كذلك أيضا عند إثبات السبب المغلوطة^(٢) .

وإذا اقتصر المدين على إثبات صورية السبب المذكور في السند انتقل عبء الإثبات الى الدائن، وكان له أن يثبت أن للالتزام سببا آخر حقيقيا بجميع طرق الإثبات ولو زادت قيمة الالتزام على نصاب الشهادة ، فُسند الدين المكتوب يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تجوز تكملة بالشهادة والقرائن .

أما إذا لم يكن السبب منكورا في السند المثبت للالتزام ، فيجوز للمدين أن يثبت عدم وجود السبب بجميع الطرق ، كما يجوز له كذلك أن يثبت بكافة الطرق - أن للالتزام سببا غير مشروع^(٣) .

مبحث مستقل - جزاء قواعد تكوين العقد (نظرية البطلان)

٤٩ - البطلان المطلق والبطلان النسبي : بطلان العقد هو الجزاء الذي يترتب على عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في تكوين العقد .

(١) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٢٧٣ . وأيضا : نقض منى ١٨/١٩٨٩ - الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٥٥ ق - غير منشور .

(٢) حلمي بهجت بنوي - أصول الالتزامات ص ١٦٨ .

(٣) جبد السلام ذهني - المرجع السابق فقرة ١٧٣ ؛ حلمي بهجت بنوي - المرجع السابق فقرة ١٠٦ ؛ حشمت أبو سنيت - المرجع السابق فقرة ٢٤٤ . وانظر أيضا : نقض منى ١٤/١١/١٩٨٢ - مدونتنا الذهبية - العدد الثاني فقرة ١٦٧٤ .

ونظرية البطلان في القانون المصري تقوم على أساس تقسيم هذه الشروط إلى شروط انعقاد أو وجود ، وشروط صحة . فإذا تخلف شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما إذا توافرت شروط انعقاد العقد وتخلف شرط من شروط الصحة فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا .

والمتفق عليه هو أن شروط انعقاد العقد هي وجود التراضي ، وإمكان المحل وتعيينه ومشروعيته . ووجود السبب ومشروعيته . أما شروط صحة العقد فتتخصر في شرطي صحة التراضي ، وهما توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل من العاقدين ، وخلو إرادته من العيوب^(١) .

٥٠ - تقرير البطلان : العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني ، فلا تكون هناك حاجة إلى إصدار حكم بإبطاله ، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد صحيح له وجود قانوني إلى أن يحكم بإبطاله . وهكذا لا بد في تقرير الإبطال من صدور حكم قضائي بذلك ، ولا يجوز لمن تقرررت القابلية للإبطال لمصلحته أن يستقل بإعلان الإبطال بإرادته المنفردة .

٥١ - من له التمسك بالبطلان : في البطلان النسبي حيث الهدف حماية أحد العاقدين ، يكون لهذا العاقد وحده أن يتمسك بالبطلان (مادة ١٣٨ مدني) . وهذا الحق قد يباشره عن المتعاقد نائبه القانوني ، كما ينتقل إلى الخلف العام^(٢) والخلف الخاص (فالحق في الإبطال يعتبر من مكملات الحق الذي يكون الخلف الخاص قد تلقاه عن سلفه المتعاقد) . ويجوز لدائني المتعاقد أن يتمسكوا بالإبطال بطريق الدعوى غير المباشرة بشرروطها (مادة ٢٣٥ مدني) .

(١) إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٧٦ .

(٢) نقض مدني ١٩٥٨/٢/٢٧ - مجموعة أحكام النقض ٩ من ١٦١ .

وعلى العكس ، ان العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ليس له وجود قانوني فيجوز لأى شخص أن يتمسك ببطلانه . ولكنه لما كانت المصلحة هي مناط الدعوى (مادة ٣ مرافعات) فالتمسك بالبطلان يكون فقط لكل ذى مصلحة (مادة ١٤١ منى) . ويراد بالمصلحة هنا كل حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . وهي تتحقق بدون شك لدى كل من المتعاقدين وخلفهما العام وخلفهما الخاص والدائنين ولو لم تتوافر شروط الدعوى غير المباشرة^(١) .

وللمحكمة أيضا ، بنص المادة ١٤١ منى ، أن تقضى بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها .

٥٢ - سقوط الحق فى التمسك بالبطلان : يسقط الحق فى التمسك بالبطلان أما بالاجازة واما بالتقادم .

٥٣ - أولا - الاجازة : لاترد الاجازة على العقد الباطل بطلانا مطلقا (مادة ١٤١ منى) . أما العقد القابل للإبطال فهو عقد موجود ومنتج لكل آثاره ، وقابلية العقد للإبطال شرعت لحماية مصلحة أحد العاقدين الذى يكون له وحده التمسك بإبطاله ، فيجوز أن يتنازل عن هذا الحق بإجازة العقد .

ويترتب على الاجازة زوال حق العاقد فى طلب الإبطال^(٢) ، سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فيستقر وجود العقد نهائيا . ويستقر ذلك من التاريخ الذى تم فيه العقد ، أى أن للاجازة أثرا رجعيا . على أن أثر الاجازة انما يقتصر على من صدرت منه دون اخلال بحقوق الغير (مادة ١٣٩ / ٢ منى) ويقصد بالغير هنا الخلف الخاص الذى يكون قد تلقى من المتعاقد الذى تقررت القابلية للإبطال لمصلحته ، حقا على العين محل التعاقد اذا كان من شأن الاجازة المساس بهذا الحق .

(١) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٢) نقض منى ١٩٨٨/٥/٢٩ - الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق - لم ينشر .

٥٤ - ثانيا - التقادم : نصت المادة ١٤١ / ٢ مدني على أن تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد . أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم مهما طاللت المدة . وفي هذا المعنى قول محكمة النقض إن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبداً لأن الدفع لا تتقادم . فالعقد الباطل يظل معنوماً ولا ينقلب صحيحاً وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة ، أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا يواجه بالتقادم .

أما بالنسبة للإبطال فلم يفرق بين الدعوى والدفع . بل أن أثر التقادم فيه كالأثر الأجازة . وهو سقوط الحق في الإبطال (مادة ١٤٠ / ١ مدني) سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

وإذا كانت مدة تقادم دعوى البطلان المطلق هي خمس عشرة سنة تبدأ من وقت انعقاد العقد ، فمدة تقادم الحق في التمسك بإبطال العقد الباطل نسبياً هي ثلاث سنوات فحسب تبدأ من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته أو من وقت انكشاف الغلط أو التلليس أو من وقت انقطاع الإكراه بحسب الأحوال (مادة ١٤٠ / ٢ مدني) . على أنه في كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

٥٥ - نتائج البطلان : بطلان العقد يعني اهدار كل أثر له . يستوى في ذلك العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للإبطال إذا ما حكم بإبطاله . وينبغي على ذلك أنه يتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد .

وقد يقتصر سبب البطلان أو الإبطال على شق من العقد ولا يمتد إلى بقية أجزائه ، فينطبق حكم المادة ١٤٣ مدني وهي تنص على أنه وإذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله . وواضح من ذلك أن انتقاص

العقد مشروط بالا يتعارض مع قصد الطرفين . ومن ثم فلا يحدث انقاص اذا تمسك أحد العاقدين ببطلان العقد بأكمله وأثبت أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل^(١) .

أما اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد (م ١٤٤ مدنى) . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه إذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت الى الارتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لأن المحتكمين لم يقبلوا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشاركة التحكيم^(٢) .

وزوال آثار العقد نتيجة بطلانه يقتضى إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد (مادة ١٤٢ مدنى) . والزام لكل منهما برد ما حصله من الآخر بموجب ذلك العقد . ولا يرد على هذه القاعدة العامة الا قيد واحد خاص بناقص الأهلية الذى يبطل عقده بسبب نقص أهليته ، حيث لا يلزمه القانون الا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (مادة ١٤٢ / ٢ مدنى) . ويقع عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى اثرائه^(٣) على العاقد الآخر الذى يطلب الرد كما تكون العبارة فى تقدير ما عاد على ناقص الأهلية من منفعة بالوقت الذى يطلب فيه الإبطال ، أو بوقت انتهاء نقص الأهلية اذا كانت أهلية العاقد اكتملت قبل طلب الإبطال^(٤) .

(١) انظر : نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٣١ - مجموعة أحكام النقض ٢٦ من ١٧٥٧ ؛
وأىضا : نقض مدنى ١٩٧٣/٤/٢١ - موسوعتنا الذهبية ج ٧ فقرة ١٧٦٦ .
(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/١١/٢٨ - موسوعتنا الذهبية ج ٧ فقرة ١٤١٤ .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/١٥ - ملونتنا الذهبية - العدد الأول فقرة ١٢٨٩ .
(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الرد فى حالة إبطال العقد لنقص الأهلية لا يكون -

ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها الى الغير . وهو ما يسميه البعض بالأثر العيني للبطلان^(١) .
فوفقا لنصوص قانون الشهر العقاري اذا تلقى الغير حقا عينيا بعد تسجيل دعوى البطلان ، فان حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سمي النية أو كان حسن النية . أما اذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري أن حقه يزول اذا كان سمي النية ويبقى اذا كان حسن النية . ومهما كان الأمر فان القانون قد أورد حكما خاصا لمصلحة الدائن المرتهن رهنا رسميا ، ففص في المادة ١٠٣٤ مدني على أنه «يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغائه أو زواله لأي سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن»^(٢) .

= واجبا إلا وفقا لقواعد الاتراء بلا سبب وعلا بنص المادة ١٨٦ من القانون المدني ، وأن مفاد ذلك هو أن المشرع قد قصر التزام المشتري ناقص الأملية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما اضاعه أو انفقته في غير مصلحته (نقض مدني ١٩٧٩/٣/١٥ - موسوعتنا الذهبية ج ١ فقرة ١٢٨٨) .

(١) جميل الشرفاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - رسالة - ١٩٥٦ ص ٣٧٨ هامش ٤ .

(٢) المنهري - الوسيط ج ١ ص ٥٩٤ . وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية الذي تقتضيه الحماية التي أضفها المشرع في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني على الدائن المرتهن في حالة ابطال أو فسخ سند ملكية الرهن ينتفي متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن أو كان في مقدوره أن يعلم بأن ملكية الرهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأي سبب من الأسباب . واستخلاص قاضي الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جهة مطابقتها للتعريف القانوني لسوء النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمنين عقد البيع المسجل سند ملكية الرهن - وجود باقي من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع - أن البنك المرتهن كان في مكانه أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري (الرهن) عن الوفاء بهذا المبلغ وأنه لذلك يعتبر البنك سمي النية غير جدير بالحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدي عقلا إلى ما انتهى إليه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٩٦٤/١١/١٢ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ٧٨٥) .

الفصل الثانى

آثار العقد

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

(أولا) أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين

٥٦ - الخلف العام والخلف الخاص : اذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره الا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقرونا بالتوسع فى فهم كلمة «المتعاقدين» . فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب ، بل المقصود هما ومن يمثلانه فى التعاقد . وهما اذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما وانصرف كذلك الى الخلف العام وقد ينصرف الى الخلف الخاص^(١) .

٥٧ - انصراف أثر العقد الى الخلف العام : القاعدة بالنسبة للخلف العام ، وارثا أو موصى له بحصة فى مجموع التركة ، هى انصراف أثر عقود السلف اليهم فتنقل اليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته^(٢) ولكن يستثنى من ذلك العقود التى يكون لشخص العاقد فيها اعتبار خاص فلا تنصرف آثارها الى ورثته ، وتلك التى يتفق المتعاقدان فيها على أن يقتصر أثر العقد عليهما دون خلفائهما^(٣) . وأيضا العقود التى ينص القانون بالنسبة لها على ذلك (أنظر المواد ٥٢٨ و ٦٠٢ و ٦٢٦ و ٧١٤ مدنى) .

(١) السنهاورى - الوسيط ج ١ ص ٥٩٦ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوزهم الى الخلف العام فيمرى فى حقه مايمرى فى حق السلف بشأن هذا العقد . وأنه متى نشأ العقد صحيحا له قوته الملزمة فإنه يكون حجة على الوارث لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما ألزم به مورثه (نقض مدنى ١٩٨٩/٣/٢ - الطعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ ق - غير منشور) .

(٣) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٣٤٢ و ٣٤٣ .

ولا ينصرف أثر العقد الى الخلف العام في حالات معينة . من ذلك التصرف في مال السلف بطريق الوصية فيما يزيد على ثلث التركة ، وكذا كل تصرف يصدر من الشخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، فالورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات وهم لا يكونوا كذلك الا اذا أثبتوا أن التصرف قد صدر من ورثتهم في مرض موته ، ولذلك كان عبء الاثبات في ذلك عليهم .

والمقرر فيما نحن بصدده أن شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث كما أن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، وأن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تتحمل بها ذمة ورثته ، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث الى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة^(١) .

وجدير بالذكر أن اندماج الشركات بطريق الضم وإن كان يترتب عليه أن تنقضى الشركة المنمجة وتنمحي شخصيتها الاعتبارية ونميتها المالية إلا أن الشركة الدامجة تحل محلها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتخلفها في ذلك خلافة عامة^(٢) .

٥٨ - أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص : الخلف الخاص هو من ينقل عن سلفه مالا معيناً كان قائما في ذمة السلف . كالمشتري والموهوب له بمال معين والمحال له . وقد نص المشرع على انتقال الحقوق والالتزامات التي عقدها السلف الى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه (مادة ١٤٦ مدني) .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء اذا كانت مكملة له ، كذا تعتبر الالتزامات من مستلزماته اذا كانت محددة له^(٣) .

(١) نقض مدني ١٩٨٥/١١/٢٧ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥٢٢ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٩/١/٢٩ - مجموعة المكتب الفني ٣٠ ص ٤٢٣ ؛ نقض مدني ١٩٧٥/١/١٩ - المرجع السابق ٢٦ ص ٢٠٩ .

(٣) المسهورى - الوسيط ج ١ ص ٩٠٨ .

ولا تنتقل الحقوق والالتزامات الى الخلف الخاص الا اذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء اليه . ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم ، ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أن انصراف أثر العقد الى الخلف الخاص لا يصادف محلاً الا اذا كان متعلقاً بالشيء الذي انتقل اليه ، وكان عقد السلف سابقاً على العقد الذي بموجبه انتقل الشيء الى الخلف ، أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله الى الخلف ، فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة اليها ولا يسرى أثرها عليه ، والحكم كالعقد في هذا الشأن فلا يتعدى أثره ولا تمتد حجته - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الى الخلف الخاص الا اذا صدر قبل انتقال الشيء الى الخلف واكتسابه الحق عليه ، ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء اذا صدر الحكم فيما بعد^(٢) .

٥٩ - المسؤولية عن ديون المشروعات المؤممة : مؤدى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت وقوانين التأمين اللاحقة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع لم يشأ انقضاء الشركة أو المنشأة المؤممة بمقتضى هذه القوانين . بل رأى الابقاء على شكلها القانوني واستمرارها في ممارسة نشاطها مع اخضاعها للجهة الادارية التي يرى الحاقها بها ، وهذا الاشراف لا يعنى زوال شخصية الشركة أو المنشأة المؤممة بل تظل شخصيتها المعنوية التي كانت لها قبل التأمين وذمتها المالية المستقلة بما عساه يكون عالقاً بها من التزامات فتتألف الشركة المؤممة مسؤولية كاملة عن جميع التزاماتها السابقة على التأمين كنتيجة ضمنية لاستمرار شخصيتها .

(١) المرجع السابق ص ٦١٣ و ٦١٤ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٩/٢/٢١ - مجموعة أحكام المكتب الفني ص ٥٨٣ .

المعنوية ، ولايغير من ذلك أولولة أسهم الشركات المؤممة الى الدولة مع تحديد مسؤوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل اليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم ، ذلك أن مسؤولية الدولة وقد أصبحت المساهم الوحيد بعد أن الت اليها ملكية الشركة المؤممة - لاتعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة فى مسؤولية المساهم الذى لا يسأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها وإنما تتحدد مسؤوليته عند التصفية بقيمة ما يملك من أسهم^(١) .

(ثانيا) أثر العقد بالنسبة الى الغير

٦٠ - وضع المسألة بالنسبة للغير : فمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف اليه أثر العقد الا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير . أما الغير الذى لم يكن طرفا فى العقد ولا خلفا لاحد من المتعاقدين ، فلا ينصرف اليه أثر العقد مادام بعيدا عن دائرة التعامل . على أن اعتبارات ترجع الى العدالة أو الى استقرار التعامل قد تقتضى بانصراف أثر العقد الى الغير . من ذلك حالات الدعوى المباشرة المنصوص عليها فى المادة ٥٩٦ مدنى ، وتطبيقات نظرية الأوضاع الظاهرة .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أن النص فى المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه «لايرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا» . يدل على أن مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما يقتضى أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه.والخلف العام أو الخاص أو الدائنين فى الحدود التى بينها القانون ، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات

(١) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٦ - للمرجع السابق ٣٠ ص ٤٣٣ . وانظر أيضا :
الاستورية العليا فى ١٩٨٣/٣/١٩ - طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٣ ق - الجريدة الرسمية - العدد ١٣ فى ١٩٨٣/٢/٣١ ، نقض مدنى ١٩٨١/١١/٥ - مہونت الذہبیہ -
العدد الثانى قرة ٨٦٥ ، نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/٢١ - المرجع السابق قرة ٨٦٨ .

المتولدة منه الا الى عاقبة ولئن كان لعقد ايجار الأماكن طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ولمن يترأى له ايوائهم الذين لا تترتب في ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصل والوحيد في التعامل مع المؤجر ، ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً عن المبادئ العامة في نسبة أثر العقد ، لأن هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً في عقد الايجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت اقامتهم في بداية الايجار أو بعده وانما تمتعهم بالاقامة في العين كان قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرز فكرة المجاز القانوني على أساس النيابة الضمنية ، هذا الى أن المساكنة التي تنشئ حقاً للبقاء في العين للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المشار اليهم بالمادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ولئن كانت تستلزم أن تبدأ اقامتهم بالعين مع المستأجر منذ بدء الايجار الا أن كل اقامة بالعين منذ بدء الايجار لا تعتبر بالضرورة مشاركة سكنية^(١) .

ومن هذه التطبيقات أيضاً أنه وإن كان البين من استقراء نصوص القانون المدني أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بقاعدة الوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع ، وهي قاعدة تقوم على أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلباً أو ايجاباً - في ظهور الغتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من

(١) نقض مدني ١٩٨١/٢/٢١ - مونتتا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٨٨٠ ، نقض مدني ١٩٨٩/٢/٩ - الطعن رقم ٢٤٥٧ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة فذلك يقتضى نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق ، إلا أن تطبيق تلك القاعدة مرهون بتحقق موجبات أعمالها وتوافر شرائطها سالفة البيان مجمعة بحيث إذا تخلفت كلها أو بعضها فلا محل لتطبيقها^(١) .

هذا ويجوز للمتعاقدين أن يخرجوا عن مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد ، فى شقه الايجابى (إنشاء الحق) ، دون شقه السلبى (إنشاء الالتزام) . فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره الى الغير . ولا يرتب فى نمته التزاما ، والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره الى الغير ويكسبه حقا . ونشير هنا الى كل من هاتين المسألتين :

٦١ - ١ - **التعهد عن الغير** : اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده . فاذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . أما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد (م ١٥٣ مننى) .

ومن تطبيقات هذا النص فى قضاء محكمة النقض أنه اذا استأجر شخص مكانا لتشغيله شركة فانه طبقا للمادة ١٥٣ من القانون المدنى يعتبر متعهدا بأن تقبل الشركة باعتبارها شخصا معنويا ان تستأجر المكان ، فاذا قبلت يعتبر المستأجر قد أوفى بالتزامه وينشأ عقد ايجار جديد بين المؤجر والشركة كشخص معنوى ولا يعود له بصفته الشخصية علاقة بالمكان المؤجر^(٢) .

(١) نقض مننى ١٩٨٩/١٢/٢٨ - الطعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٥٣ ق - غير منشور .

(٢) نقض مننى ١٩٨٠/١/٩ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٣٧٦ ، نقض

مننى ١٩٧٩/١٢/٢٦ - للمرجع السابق - فقرة ١٣٠٩ .

٦٢ - ٢ - الاشتراط لمصلحة الغير : يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد . ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (مادة ٦٥٤ مدني) .

ويجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن في ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد . ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشتراط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة (مادة ١٥٥ مدني) .

ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة^(١) (مادة ١٥٦ مدني) .

الفرع الثاني

قوة العقد الملزمة بالنسبة للموضوع

(أولا) تحديد موضوع التعاقد

٦٣ - تفسير العقد : هو تحديد ما انصرفت اليه الارادة

(١) انظر في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير : عبد الحى حجازى - مقال بعنوان نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة من ١٣٥ ومابعدهما . محمد سامى منكور - مقال بعنوان النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير - المرجع السابق - السنة ٢٣ من ١٥١ ومابعدهما .

المشتركة للعاقدين . فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، فالمفروض أنها مطابقة للإرادة المشتركة للعاقدين ، فلا يجوز للقاضي بدعوى التفسير أن يستبعد تطبيق العبارة الواضحة أو أن ينحرف عنها (مادة ١٥٠ / ١ منى) . صحيح ان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصديق عما تقصده الإرادة ، وعلى القاضي اذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك^(١) . ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدده أن كل عبارة من عبارات العقد قد تنتم بالوضوح فى ذاتها ولكنها قد تتعارض فيما بينها بحيث يغم للمعنى المستخلص منها ، فلا يجوز للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات أن تعدد بما تعنيه عبارة دون غيرها ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيدته العبارات بأكملها وفى مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة^(٢) .

أما موضوع التفسير فهو العبارة غير الواضحة . وتنص المادة ١٥٠ / ٢ منى على أنه اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للاتفاظد . مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، وعلى ضوء الظروف التى تكون قد أحاطت بتكوين العقد^(٣) . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن اضافة شروط أو عبارات بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى تتعارض مع الشروط المطبوعة بنموذج العقد أو المحرر يدل بوضوح على أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى إلغاء العبارة المطبوعة وإعمال العبارة المضافة^(٤) .

(١) نقض منى ١٩٨١/٦/٢٠ - الطعن رقم ٩٠٩ سنة ٤٨ ق .

(٢) نقض منى ١٩٨٣/١/٢٠ - مدونتنا الذهبية - المجلد الثمانى - فترة ١٦٨٦ .

(٣) نقض منى ١٩٨٩/٥/١٤ - الطعن رقم ١٨٢٩ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

(٤) نقض منى ١٩٨٧/١/٥ - مدونتنا الذهبية - المجلد الثالث ج ٢ فترة ١٣٥٧

واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين ، مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض^(١) .

أما اذا تعذر على القاضي أن يهتدى الى معنى يرجحه للعبارة الغامضة ، فهذا هو الشك ، والقاعدة أن الشك يفسر في مصلحة المدين (مادة ١٥١ / ١ مدنى) والمقصود بالمدين هو المتعاقد الذى يقع عليه عبء الشرط محل التفسير^(٢) .

ولا يستثنى من ذلك سوى عقود الازعان ، التى يفسر الشك فيها دائما لمصلحة الطرف المذعن ولو لم يكن هو المدين (مادة ١٥٠ / ٢ مدنى) .

٦٤ - تحديد نطاق العقد : لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (مادة ١٤٨ / ٢ مدنى) وهكذا لا يقتصر القاضي فى تحديد نطاق العقد على ما اتجهت اليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف الى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر^(٣) أهم العوامل التى ينسرد بها القاضي فى تحديد هذه المستلزمات ومن ثم فى تحديد نطاق العقد . وهذه هي : ١ - طبيعة الالتزام . ٢ - القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة . ٣ - العرف ويضاف اليه الشروط المألوفة . ٤ - العدالة .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصده أنه إذا اتفق على نزول مسافر فى فندق فلن العقد لا يقتصر على الزام صاحب العقد بتقديم مكان النزول وانما يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام

(١) أنظر فى التمييز بين ما يعتبر فى تفسير العقد قانونا وما يعتبر واقعا : مؤلفنا طرق الطعن فى الأحكام طبعة ١٩٨٣ ص ٨٧٥ ومابعدها .

(٢) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٣٠٦ .

(٣) المنهوى - الوسيط ج ١ ص ٦٩١ .

بالايواء ، ومن هذا القبيل وفق ماجرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيلة واصطناع الحذر مما يهدد النزول وعائلته من مخاطر ويحفظ عليه أمنه وراحته فيعصمه من الضرر على نحو ما يعصمه إيواؤه إلى مسكنه .

وغنى عن البيان أن الخطأ فى تطبيق نصوص العقد هو خطأ فى تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .

٦٥ - القوة الملزمة للعقد : يلزم العاقد بتنفيذ العقد وفقا لمضمونه الذى تحدد على النحو المتقدم فالعقد شريعة المتعاقدين ، ولا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون (مادة ١٤٧ مدنى) ، بل ولا يجوز ذلك للقاضى أيضا^(٢) .

ويجب فى تنفيذ العقد أن تراعى مقتضيات حسن النية (مادة ١٤٨ / ١ مدنى) .

٦٦ - نظرية الحوادث الطارئة : والقاعدة المتقدمة ليست مطلقة ، فقد تطرأ عند تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وأن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فائحة ، فعندئذ يجوز للقاضى - عملا بنص المادة ١٤٧ / ٢ مدنى - تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

وهكذا يتبين أن لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة هى :

- ١ - أن يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه متراخيا^(٣) .
- ٢ - أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة (أما الحوادث

(١) نقض مدنى ١٦/١٢/١٩٣٧ - مجموعة عمر ٢ ، ص ٢٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٩٧ و ٢٨٠ .

(٣) أنظر رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٤ و ١٦٥ .

الاستثنائية الخاصة بالمدين كإفلاسه أو موته فلا تكفى) . ومن ذلك الارتفاع أو الانخفاض الغير متوقع لقيمة النقد فى الفترة ما بين انعقاد العقد وحلول أجل الوفاء بالنقد الذى يكون محلا لهذا العقد^(١) .

٣ - أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها .

٤ - أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا . أما الخسارة المألوفة فى التعامل فلا يعتد بها^(٢) .

ومتى توافرت هذه الشروط جاز للقاضى أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وله فى سبيل ذلك سلطة واسعة ، ولكن ليس له أن يحكم بفسخ العقد .

والنظرية التى نحن بصدها انما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ ، أو على الجانب الذى لم يتم تنفيذه منه أما ماتم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع بذلك خضوعه لأحكام الظروف الطارئة كما أن للقاضى متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول - وهو حين يختار - فى حدود سلطته التفسيرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه - لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده ، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم هايزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منها^(٣) .

(١) العقود المصرفية - انعقادها وشروط صحتها - للمؤلف - ١٩٨٩ ص ١٣ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٣/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى ١٤ ص ٣٤٧ ، نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ - المرجع السابق ٢٦ ص ١١٦٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ ص ١١٦٤ .

ويجب المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة أمام محكمة الموضوع فلا يجوز ابداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

(ثانيا) المسؤولية العقدية

٦٧ - نطاق المسؤولية العقدية : المسؤولية العقدية تقابل المسؤولية التقصيرية . فالأولى جزاء العقد . والثانية جزاء العمل غير المشروع . ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اصدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له . إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد التعاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق به في حقه أركان المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أحل بالتزام قانوني ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً^(٢).

٦٨ - أركان المسؤولية العقدية : وهذه - شأنها شأن أركان المسؤولية التقصيرية - ١ - الخطأ العقدي . ٢ - الضرر . ٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ونعرض لهذه الأركان تباعاً فيما يلي :

(١) نقض مدني ١٩٨١/١٢/٢١ - الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٤٦ ق . مدونتنا الذهبية - العدد الثاني فقرة ٢٤٤٠ .

(٢) نقض مدني ١٩٩٠/٤/٤ - الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق . غير منشور . وفي تفصيل بيان الحكم عند توافر شروط المسؤولية التعاقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في العمل الواحد أنظر : عبد الحى حجازي في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ٤٢٦ وما بعدها .

١ - الخطأ العقدي

٦٩ - ماهية الخطأ العقدي : الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد^(١) . يستوى في ذلك الخطأ العمد أو الإهمال أو مجرد عدم التنفيذ^(٢) ولكن يجب أن يتميز في صدد الخطأ العقدي بين نوعين من الالتزام . الالتزام بتحقيق غاية ويكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية . والالتزام ببذل عناية ويكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة .

ونشير هنا إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من تحميل البنوك مسئولية صرف قيمة الشيكات المزورة على أصحابها ولو لم يثبت الخطأ في جانب البنك كما في حالة التزوير المتقن للغاية الذي لا يمكن كشفه لغير الخبراء . وقد قالت محكمة النقض في ذلك أن زمة البنك لا تبرأ في تلك الصورة ومن ثم تقع تبعة الوفاء بموجب الورقة المزورة على البنك المسحوب عليه أي كانت درجة اتقان التزوير . وتعد هذه التبعة من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبت روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين . على أن تحمل البنوك هذه التبعة مشروط بعدم وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد إسمه بالصك والا تحمل العميل تبعة خطئه^(٣) .

٧٠ - اثبات الخطأ العقدي : الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه . أما في اثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف ، فالدائن لا يطالب بالتنفيذ وإنما يطالب بتعويض عن عدم التنفيذ ، ولهذا يكون عليه عبء اثبات الخطأ العقدي .

(١) المنهوي - الوسيط ج ١ ص ٧٣٥ .

(٢) نقض مدني ١٩٥٥/٣/١٠ - مجموعة المكتب الفني ٦ ص ٧٦٣ .

(٣) نقض مدني ١٩٦٦/١/١١ - مجموعة المكتب الفني ١٧ ص ٩٤ ، نقض مدني

١٩٦٧/١/١٩ - المرجع السابق ١٨ ص ١٩٦٣ .

٧١ - اشتراط الاعفاء من المسؤولية : يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغبن أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم . فى تنفيذ التزامه (مادة ١٢٧ / ٢ منى) .

فإذا كان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية صحيحا فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذى يتمتع له الشرط ، ويبقى المدين مسؤولا فيما وراء ذلك . أما إذا كان الشرط باطلا ، فهو وحده الذى يبطل ويبقى العقد قائما دون شرط الاعفاء^(١) .

٢ - الضرر

٧٢ - عبء اثبات الضرر : الدائن هو الذى يحمل عبء اثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه^(٢) ولا يفترض وجود الضرر لمجرد ثبوت خطأ المدين ، ولا يستثنى من ذلك الا فوائد النقود^(٣) ، فإذا استحققت فوائد تأخير فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته (مادة ٢٢٨ منى) .

والشرط الجزائى أيضا لا يفنى عن اثبات الضرر^(٤) ، و فقط هو ينقل عبء الإثبات من الدائن الى المدين . فالضرر مفروض الا اذا أثبت المدين أنه لم يقع أو أن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة .

٧٣ - جواز التعويض عن الضرر المستقبل : قد لا يقع الضرر فى الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع فى المستقبل . فإذا أمكن تقدير

(١) الوسيط - المرجع السابق ص ٧٦٢ .

(٢) السهورى - الوسيط ج ١ ص ٧٦٣ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٢٨ من القانون المدنى أن القانون افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس (نقض منى ١١/٦/١٩٦٤ - موسوعة الذهبية ج ٨ فقرة ٥٦٤) .

(٤) نقض منى ١١/١٢/١٩٥٩ - مجموعة المكتب الفنى ١٠ ص ٦٤١ .

التعويض عنه في الحال قضى بالتعويض ، والا وجب التريص حتى يعرف مدى الضرر . ومنعالج هذه الحالة عند البحث في المسؤولية التقصيرية .

٧٤ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي : يشمل التعويض الضرر الأدبي (مادة ٢٢٢ / ٢ منى) . ونحيل هنا الى ما سيأتى عند بحث المسؤولية التقصيرية .

٧٥ - مدى التعويض عن الضرر : الضرر المباشر المتوقع هو الذى يعوض عنه فى المسؤولية العقدية (مادة ٢٢١ / ٢ منى) . ولما كان المفروض أن المدين لم يلزم نفسه الا بالضرر المتوقع ، فقد وجب أن يكون المدين قد توقع الضرر لا فى سببه فحسب ، بل أيضا فى مقداره^(١) . وتوقع المدين يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى^(٢) . فالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف يمكن توقعه عادة ، أى الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات^(٣) . فاذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فان الضرر يعتبر متوقعا ، ما لم يكن عدم التوقع قد حدث بفعل الدائن .

٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٧٦ - عبء الإثبات : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر .

(١) سليمان مرقس - مصادر الالتزام ص ٣٧٨ .

(٢) الوسيط - المرجع السابق ص ٧٧٢ .

(٣) وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا (نقض منى ١٩٨٠/٥/٢٩ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٥٦٩) .

والمفروض أن علاقة السببية هذه قائمة . فلا يكلف الدائن اثباتها^(١) ، بل أن المدين هو الذى يكلف بنفى هذه العلاقة اذا ادعى أنها غير موجودة . فععبء الاثبات يقع عليه لا على الدائن . وإلى هذا المعنى تشير المادة ٢١٥ منى بقولها «اذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ومؤدى ذلك أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى أو التأخير فى تنفيذه يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته التى لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت هو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لايد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقدين الآخر^(٢) .

ونرجى تفصيل الكلام فى السبب الأجنبي الى الحديث فى المسئولية التقصيرية .

(١) المنهورى - المرجع السابق ص ٧٧٤ ؛ قارن : سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٣٨٠ و ٣٨١ .
(٢) نقض منى ١٩٨١/٣/٢٦ - مونتتا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ٢٢٠٢ .

الفصل الثالث

زوال العقد

٧٧ - كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء والاحلال والابطال . وفي العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد ، وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب . كما يجوز للمتعاقد أيضا أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ .

الفرع الأول

فسخ العقد

٧٨ - التعريف بالفسخ : هو حق للمتعاقد فى العقد الملزم للجانبين ، اذا ما أخل العاقد الآخر بالتزامه ، فى حل الرابطة العقدية كى يتحلل هو من التزامه . ويثبت هذا الحق لكل متعاقد بحكم القانون ، ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه . ولا يجوز حرمان أحد المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه الا باتفاق صريح^(١) .

وتذهب جمهرة الفقهاء الى اتخاذ نظرية السبب أساسا لنظرية الفسخ ، ويؤثر العميد السنهورى أن يجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين^(٢) .

٧٩ - شروط الفسخ : يشترط لفسخ العقد ، بالاضافة الى كون العقد ملزما للجانبين ، أن يتوافر شرطان :

١ - أن يكون أحد العاقدين قد أخل بالتزامه ، فلا يكفى عدم تنفيذ

(١) نقض مننى ١٩٨٨/٥/٢ - الطعن رقم ٢٢٩٧ لسنة ٥٢ ق - غير منشور ،
نقض مننى ١٩٨٠/١٢/٢٢ - مدونتنا الذهبية - المجلد الأول - فقرة ٦٣٧ .
(٢) السنهورى - الوسيط ج ١ ص ٧٨٥ .

الالتزام ، بل يجب أن يكون ذلك راجعا الى خطأ المتعاقد ، فالفسخ يتضمن معنى الجزاء . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فإن كان للمشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب على المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي^(١) .

ويقع عبء اثبات التخلف عن تنفيذ الالتزام على عاتق من يدعيه ، فإن عجز أو تقاعس عن اثباته تعين رفض طلب الفسخ^(٢) .

وينبغي التفرقة فيما نحن بصدد بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالالتزامات التعاقدية مرده الى الامتناع عن الوفاء بالالتزام أصلى أو الامتناع عن الوفاء بالالتزام تبعي . ويقصد بالالتزام الأصلى ذلك الالتزام الذى يحدد طبيعة العقد ويكون من مستلزماته التى لاغنى لتكوين العقد عن وجودها . والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية أنها تكون بعضها بالنسبة الى البعض - المقابل القانونى بمعنى أنها تكون سببا لما يقابلها من التزام . أما الالتزامات التبعية فهي كل التزام غير أصلى . والعنصر الأساسى الذى تمتاز به هو أنها ترمى الى تحقيق الغرض العملى الذى يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد ، بمعنى أن هذه الالتزامات التبعية ترمى الى أن توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائما للظروف وننبه هنا الى أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدي الى فسخ العقد^(٣) .

هذا وننوه الى أن الفسخ إذا كان - فى الأغلب الأعم - لا يكون إلا

(١) نقض مننى ١٩٨٩/٣/٣٠ - الطعن رقم ٢٥٣٢ لسنة ٥٥ ق . غير منشور .

نقض مننى ١٩٨٧/١/٢٠ - محتوتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥٢٥ .

(٢) نقض مننى ١٩٧٥/١٢/٣١ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ ق ١٧٤٧ .

(٣) أنظر فى التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية أو التبعية فى حالة عدم التنفيذ الجزئى : عبد الحى حجازى - مجلة العلوم القانونية - السنة الأولى - بند ١٨ ويند ١٩ ص ١٨٩ ، وبالحما .

جزاء على عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه التعاقدى ، إلا أنه قد يترتب على تحقق شرط فاسخ يتفق الطرفان على أن مجرد تحققه يؤدى إلى انفساخ العقد^(١) .

٢ - لما كان فسخ العقد يقتضى إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد ، لذلك فإن الرأي السائد فى الفقه يشترط أن يكون فى استطاعة طالب الفسخ أن يرد ما أخذه من العاقد الآخر تنفيذا للعقد . أما إذا كان المدعى عليه فى دعوى الفسخ هو الذى استحال عليه أن يعيد الحالة الى ماكانت عليه قبل التعاقد ، فإن ذلك لا يحول دون الحكم بالفسخ ، ويقضى عليه عندئذ بالتعويض بدلا من الرد عينا .

٨٠ - كيف يقع الفسخ : الأصل أن الفسخ يكون بحكم القاضى وهو قد يكون باتفاق المتعاقدين . كما قد يكون فى بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عندئذ انفساخا . ونبحث هذه الحالات تباعا :

٨١ - أولا - الفسخ بحكم القضاء : هذا هو الأصل ، فلا بد أن يطالب الدائن بالفسخ صراحة وعلى وجه جازم أمام القضاء وأن يصدر حكم به . ويستفاد من المادة ١/١٥٧ ممدنى أنه يشترط أن يسبق رفع دعوى الفسخ ائذار من العاقد طالب الفسخ الى الطرف الأخر يطلب اليه فيه تنفيذ العقد ، ويعتبر اعلان صحيفة دعوى الفسخ ذاتها ائذارا للمدعى عليه بوجوب التنفيذ^(٢) .

إلا أنه لامحل للائذار فيما نحن بصدده متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه^(٣) .

وإذا رفعت دعوى الفسخ فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتميا ، بل أن

(١) نقض ممدنى ١٩٨٠/٢/٤ - مودنتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٨٨٤ .

(٢) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٣٢٧ ؛ استئناف القاهرة ١٩٧٥/٢/٢٧ - القضية رقم ٦٥٢٠ لسنة ٩٠ ق - مودنتنا المدنية والتجارية - «التزام» ٧٧/٣/١٠ .

(٣) نقض ممدنى ١٩٨٩/١/١٨ - الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ ق - غير منشور .

الفسخ يبقى أمره اختياريًا بالنسبة للطرفين وبالنسبة للقاضي . فبالنسبة للطرفين يستطيع طالب الفسخ أن يعدل عن طلبه ، كما يستطيع المتعاقد الآخر طالما لم يصدر حكم نهائي بالفسخ^(١) أن يتوقى الفسخ بالقيام بتنفيذ العقد . ويستوى في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية ، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام^(٢) .

وبالنسبة للقاضي فإنه يقدر ظروف عدم التنفيذ فيحكم بالفسخ أو لا يحكم به حسبما يراه من الظروف كما لو كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته . أو كان الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد^(٣) . ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلًا إذا اقتضت الظروف ذلك (مادة ١٥٧/٢ منى) .

٨٢ - ثانياً - الفسخ بمقتضى الاتفاق : قد ينص في العقد على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ومثل هذا الشرط ليس إلا مجرد توريد للقاعدة العامة في الفسخ ، فلا يغني عن رفع الدعوى ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية ، ولا يحرم المدين من توقي الفسخ بتنفيذ التزامه^(٤) إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ .

وقد تكون عبارة الاتفاق أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فيفسر هذا الشرط على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فيجب عليه الحكم بالفسخ إذا ما طلبه الدائن ولكن لابد من رفع الدعوى بالفسخ .

(١) نقض منى ١٩٨٤/١٠/٣١ - مونتتا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥١٧ .

(٢) نقض منى ١٩٧٠/٣/١٢ - مجموعة المكتب الفني ٢١ ص ٤٢٥ .

(٣) نقض منى ١٩٨٤/١١/٧ - مونتتا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥١٨ جاء به أن استخلاص التنازل عن الشرط الفاسخ للصريح من قبول الباقي للباقي من الرابع الأول من الثمن بعد موعده استحقاقه هو استخلاص موضوعي ملغ .

(٤) نقض منى ١٩٨٤/٣/٢٠ - مونتتا الذهبية - العدد الثاني فقرة ١٧٠٨ .

وقد تكون عبارة الاتفاق أن العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، فلا تكون هناك حاجة الى رفع دعوى للحصول على حكم بالفسخ ، الا اذا نازع المدين في قوافر شروط الفسخ فادعى أنه قام بتنفيذ التزامه حيث يتعين رفع الأمر الى القضاء .

وأقصى درجات شرط الفسخ هي أن يتفق على أن العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو أعذار . فينفسخ العقد بمجرد عدم التنفيذ في الميعاد المحدد .

وتشير المادة ١٥٨ مدنى الى المعانى المتقدمة بقولها : يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه ، .

هذا وإن كان القانون لا يشترط الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ ، إلا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له^(١) .

كما يشترط لأعمال الشرط الصريح الفاسخ ألا يتعارض مع نص قانونى متعلق بالنظام العام بما يطله . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الايجار أصبح باطلا من تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لتعارضه مع نص قانونى متعلق بالنظام العام هو نص المادة ٢٣ والذى مفاده أن المستأجر لا يعتبر مقصرا فى سداد الأجرة بما يجيز اعتبار العقد مفسوخا واخلاؤه إلا إذا لم يف بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بسدادها على النحو المبين بالنص ، وأن الفسخ لا يقع إذا سدد الأجرة

(١) نقض مدنى ١٠/٦/١٩٩٠ - الطعنان ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ ق و ١٢٠ لسنة ٥٨ ق - غير منشور . وأيضا : نقض مدنى ١٩/١٢/١٩٨٤ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥١٩ .

والفوائد والمصاريف قبل قفل باب المرافعة في الدعوى المرفوعة بالفسخ والاخلاء^(١) .

٨٣ - أثر الفسخ : تنص المادة ١٦٠ مدنى على أنه : اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض . ويتبين من ذلك أنه اذا حكم بالفسخ فان العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد ، فالفسخ له أثر رجعى ، فيعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى فى الماضى . ويكون للفسخ هذا الأثر : بما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير^(٢) . على أنه يجب بالنسبة للغير أن تسجل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان^(٣) .

ويلاحظ أنه وان كان الحكم فى حالة الفسخ القضائى يكون منشأ للفسخ وفى حالة الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم يكون كاشفا عن الفسخ الا أن الأثر الذى يترتب على الفسخ واحد فى الحالتين وهو اعادة المتعاقدين الى ماكانا عليه قبل التعاقد اعمالا لنص المادة ١٦٠ مدنى الذى يعتبر نصا عاما يبين ما يترتب على الفسخ من أثر رجعى سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون^(٤) .

وجدير بالذكر أنه اذا تعلق الحكم بفسخ عقد شركة فان هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى ، انما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل . أما قيامها واعمالها فى الماضى فانها لا تتأثر

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ - المرجع السابق - العدد الأول - فترة ٣٤٤ .

(٢) السهوى - الوسيط ج ١ ص ٨٠٣ و ٨٠٧ . الادارية العليا ١٩٧٥/٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ - ٢٤ - ٢٤٣ .

(٣) أنظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى ، وأيضا المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى .

(٤) الادارية العليا ١٩٧٥/٢/٢٥ - مشار إليه .

بالحل وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني والتي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ماتسلمه من الآخر تنفيذاً للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع في ذلك الأحكام الواردة في المادة ٥٣٢ من القانون المدني وما بعدها^(١) .

ومن تطبيقات القضاء فيما نحن بصدده أن نص المادة ١٦٠ من القانون المدني يدل على أن فسخ العقد اتفاقاً أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد . وإذا كان العقد بيعاً وفسخ رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري . فإذا كان المشتري قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته . وفي هذه الحالة تنطبق القاعدة المقررة في المادة ٩٢٤ من القانون المدني التي تنص على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عنده ، وذلك بالنسبة لحق البائع في طلب إزالة ما يكون المشتري قد أقام من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل ، وكذلك حق المشتري الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها إلى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحق عند إزالة البناء ، ولا يتصور فى هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والتى تفيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء . ذلك أنه طالما أن العقد مازال قائماً لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمنى عند طلبه الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد ، ومن ثم فإن ذلك القيد الزمنى فى طلب الإزالة لا يبرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٢ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ ص ٩٢٩ .

العقد إذا كان البائع عالما بأقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه بأقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفي جميع الأحوال فإن حق البائع في طلب الازالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم^(١).

٨٤ - ثالثا - انفساخ العقد بحكم القانون : ينقضى الالتزام اذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي (مادة ٣٧٣ منى) . ويترتب على ذلك انفساخ العقد . فلو كان العقد ملزما لجانب واحد وانقضى التزام المدين ، لم يعد للدائن ما يطالب به . واذا كان ملزما للجانبين فان الالتزام المقابل ينقضى (مادة ١٥٩ منى) . ويترتب هذا الأثر بقوة القانون . ولذلك سمي انفساخا ، اذ لا محل في هذه الحالات لاعدار ، كما أنه لا حاجة الى حكم قضائى ، ولا محل لتقدير يمارسه القاضى ، أو لخيار بين الفسخ والتنفيد^(٢) .

وقد قضى تطبيقا لما تقدم بأن قيام الحروب وصدور التشريعات الاستثنائية تعتبر قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ العقود^(٣) . أما وضع الاطيان المبيعة تحت التحفظ فهو ليس إلا حادثا طارئا يترتب عليه فقط تأجيل تنفيذ مالم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة دون أن يتمخض ذلك عن استحالة قانونية دائمة نفوضى إلى انقضاء هذه الالتزامات ، وأنه بزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها^(٤) .

٨٥ - تحمل تبعه العقد : اذا انفسخ العقد بحكم القانون . كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام .

(١) نقض منى ١٩٧٧/١٢/١٥ - موسوعتنا الذهبية - ج ٤ فترة ٤٨٥ .

(٢) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام من ٣٣٣ و ٣٣٤ .

(٣) نقض منى ١٩٥٩/١١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى ١٠ ص ٦٧٧ .

(٤) نقض منى ١٩٦٢/١٢/٢٠ - المرجع السابق ١٣ ص ١١٥٩ .

وترجع تحمل التبعة الى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة
فى العقود الملزمة للجانبين^(١) .

هذا بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين . أما فى العقود الملزمة لجانب
واحد كالوديعة غير المأجورة ، فالدائن هو الذى يتحمل تبعة
الهالك^(٢) .

٨٦ - أثر الانقضاء : يترتب على انقضاء العقد ما يترتب على
فسخه قضاء أو اتفاقا . فيعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل
التعاقد (مادة ١٦٠ مدنى) ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى
التزامه بقوة القانون^(٣) .

الفرع الثانى

الدفع بعدم تنفيذ العقد

٨٧ - ماهية الدفع بعدم التنفيذ : فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا
كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن
يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به
(مادة ١٦١ مدنى) .

٨٨ - شروط الدفع بعدم التنفيذ : الشرط الأساسى ، بالاضافة الى
كون العقد ملزما للجانبين ، هو أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه
مستحق الأداء . على أن الأجل القضائى (نظرة الميسرة) لا تحول
دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

ويجب بالاضافة الى ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، وذلك تطبيقا لمبدأ

(١) نقض مدنى ١٩٧٤/٦/٩ - الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٨ ق . وأيضا : رسالة
النكتور محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة - فقرة ٣٦ .

(٢) المنهوى - الوسيط ج ١ ص ٨٢٣ .

(٣) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انقضاء العقد الزمنى : عبد الحى حجازى -
عقد المدة - رسالة - ص ١٦٠ - ١٦٢ .

وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ (مادة ١/١٤٨ منى) . ولهذا لا يجوز التمسك بالدفع اذا كان مالم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة لما تم تنفيذه من الالتزام المقابل وانما يكفي في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع مالم ينفذ من الالتزام المقابل^(١) .

وقد يكون كل من الالتزامين مستحق الأداء فيتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فيكون السبيل عندئذ هو اتباع اجراءات العرض الحقيقى ، أو يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث يتولى التسلم والتسليم .

هذا ولا يحتاج المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الى اصدار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع (وهذا بخلاف المطالبة بالفسخ) ، فالتمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه وفى هذا اصدار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى نمته^(٢) .

على أنه يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذى أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر اذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن يتنفع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه^(٣) .

هذا والأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة فى العقود الادارية ، وذلك لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا

(١) نقض منى ١٩٦٦/٥/١٠ - مجموعة المكتب القضى ١٧ ص ١٠٤٠ .

(٢) المنهورى - المرجع السابق ص ٨٢٣ ومابعدها .

(٣) نقض منى ١٩٦٨/١٢/١٠ - مجموعة المكتب القضى ١٩ ص ١٥٠٤ نقض

منى ١٩٦٦/٥/٣١ - المرجع السابق ١٧ ص ١٢٧٩ .

على هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها^(١) .

٨٩ - أثر الدفع بعدم التنفيذ : ان أثر الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ الالتزام . فلا يكون المتمسك بالدفع مسئولاً عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ . وإذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود فلن تمتنع عنه فوائد تأخير ، ذلك أن التعويض لا يستحق الا عن خطأ ، والتمسك بعدم التنفيذ ليس كذلك^(٢) .

ويقتصر أثر الدفع على مجرد وقف تنفيذ الالتزام ، فلا ينقضي الالتزام أو يزول كما هو الحال في الفسخ . والأصل أن يبقى الالتزام بمقداره المتفق عليه ، بحيث أنه عندما يعود المتمسك بالدفع الى تنفيذ التزامه ، فإنه ينفذه بذلك المقدار بغير نقص . على أن ذلك لا يصدق على العقود الزمنية ، فوقف تنفيذ الالتزام الزمني خلال فترة معينة يؤدي الى نقص في مقداره بقدر الزمن الذي وقف التنفيذ خلاله^(٣) .

ويسرى الدفع في حق الغير اذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع .

(١) الادارية العليا ١٨/١٢/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفني ١٧ ص ٩٧ .

(٢) اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص ٣٢٢ .

(٣) أنظر : عبد الحى حجازى - عقد المدة - رسالة - ص ١٦٦ - ١٧٧ .

الباب الثاني

العمل غير المشروع

٩٠ - تقسيم : نبحث العمل غير المشروع ، أو المسؤولية التقصيرية في فصلين : الفصل الأول في المسؤولية عن الأعمال الشخصية ، والفصل الثاني في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

المبحث الأول

أركان المسؤولية التقصيرية

٩١ - أركان ثلاثة : تنص المادة ١٦٣ على أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ويتبين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية ، كالمسئولية العقدية لها أركان ثلاثة :

١ - الخطأ .

٢ - الضرر .

٣ - علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

ونتكلم عن هذه الأركان تباعاً : .

الفرع الأول

الخطأ

٩٢ - تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . فرأى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع . ورأى ثان يعرف الخطأ بأنه هو الاخلال بالتزام سابق ، وثالث يحدد الخطأ على أنه الاخلال بالثقة المشروعة .

ورابع يحلل الخطأ الى عنصرين ، فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء^(١) .

والرأى الذى استقر فى الفقه والقضاء ، يقرب معنى الخطأ فى المسؤولية التقصيرية من معناه فى المسؤولية العقدية . فالخطأ فى الأولى هو اخلال بالتزام قانونى ، كما أنه فى الثانية هو اخلال بالتزام عقدى . والالتزام القانونى الذى يعد الاخلال به خطأ فى المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل عناية ، وهو أنه يصطنع الشخص فى سلوكه البقطة والتبصر حتى لا يضر بالغير ، فاذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

والمقرر أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل فى حدود سلطة قاضى الموضوع التقديرية مادام كان هذا الاستخلاص سائغا ومستندا من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى^(٢) .

٩٣ - ركن الخطأ : يتبين مما تقدم أن الخطأ فى المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين : الركن الأول مادى وهو التعدى ، والآخر معنوى وهو الإدراك . ونتناول هذين الركنين فيما يلى :

(أولاً) الركن المادى : التعدى

٩٤ - مقياس التعدى : قلنا إن الخطأ هو انحراف فى السلوك . والضابط فى الانحراف يتصور أن يرد الى احدى وجهتين : وجهة ذاتية أو وجهة موضوعية . فمقياس التعدى مقياسا شخصيا اذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياسا مجردا اذا أثرنا الوجهة الموضوعية .

(١) انظر فى ذلك : سليمان مرفس - دروس للدكتوراه فى المسؤولية المدنية - ص ١٥٢ ومابعدها .

(٢) نقض منى ١٩٨٩/١١/٢٩ - الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٥ ق .

والذي رجع هو الأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصي^(١). فمقياس الاتحراف بسلوك شخص نجده من ظروفه الشخصية. هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس. فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض.

والمقياس المجرد - مقياس السلوك المألوف للرجل العادي يتجرد من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المعتدى، إذ هذه ظروف داخلية متصلة به. فهو مأخوذ بمقياس من السلوك المألوف من الشخص العادي أيًا كانت صفاته الذاتية. ولكن يجب بطبيعة الحال ألا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز والا انعم الركن المعنوي للخطأ.

ونشير فيما يلي إلى بعض أحكام القانون المدني المنظمة لمسئولية المعتزم في بعض العقود:

١/٩٤ - (أ) - في عقد الإيجار: نصت المادة ٥٨٣ مدني على أنه ١ - يجب على المستأجر أن ييذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما ييذله الشخص المعتاد، ٢ - وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً، ٣ - وقد قضت محكمة النقض بأن نص هذه المادة يدل على أن المستأجر يلتزم بحفظ العين ورعايتها بأدلا في ذلك عناية الرجل المعتاد فلن قصر في أداء التزامه ونتج عن تقصيره تلف العين أو هلاكها كان مسؤولاً، ولئن أقام المشرع قرينة قانونية تفترض أن ما أصاب العين المؤجرة مرده إلى خطأ المستأجر إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس بمعنى ألا يماثل إلا عما يحدث فعلاً بسبب تقصيره هو وتقصير من يسأل عنهم، وإذا أثبت أن التلف أو

(١) أنظر: حشمت أبو ستيت - بند ٤٣٣، عبد المنعم النصد - بند ٤٢٠، أنور سلطان - المصادر - بند ٤٣ وص ٤٨١ والحاشية رقم ٢.

الهلاك نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو عيب فى ذات العين المؤجرة انتفت مسئولية المستأجر^(١) .

٢/٩٤ - (ب) فى عقد العارية : نصت المادة ٦٤١ مدنى على أن
١ - على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشيء العناية التى
يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل
المعتاد ، ٢ - وعلى كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك
عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال
شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء
المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه .

٣/٩٤ - (ج) فى عقد المقاولة : نصت المادة ١/٦٥١ مدنى على
أن : يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال
عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيده من مبان أو أقاموه من
منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ،
أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، مالم يكن المتعاقدان
فى هذه الحالة قد أرادوا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر
سنوات .

وقد قضت محكمة النقض بأن التزام المقاول وفقا لحكم هذا النص
هو التزام بنتيجة هى بقاء البناء الذى يشيده سليما ومتينا لمدة عشر
سنوات يعد تسليمه ، وأن الاخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم
تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما . وأن الضمان الذى يرجع
إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب فى البناء
خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم
أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة^(٢) .

٩٤ / ٤ - (د) فى عقد العمل : نصت المادة ٦٨٥ / أ مدنى على

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/٢١/٢٢ - موسوعتنا الذهبية - الجزء ٣ فترة ١٧٩٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٦/٢٣ - موسوعتنا الذهبية - الجزء ٩ فترة ٤٣٩ .

أنه «يجب على العامل أن يؤدي العمل بنفسه ، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد» .

٥/٩٤ - (هـ) في عقد الوكالة : نصت المادة ٧٠٤ منى على أنه « إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الوكالة تبرعية أى غير مأجورة فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن بذل عنايته فى شئون نفسه بالمعيار الشخصى إذا كانت هذه العناية هى دون عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى ، فإذا كانت عنايته الشخصية هى أعلى من عناية الشخص المعتاد لم يكن مسؤولا إلا عن عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى ، دون عنايته الشخصية بالمعيار الشخصى ، والسبب فى ذلك واضح ، فإنه وكيل غير مأجور وهو متفضل بتبرعه فلا يجوز أن يكون مسؤولا إلا عن أدنى العناية^(١) . وقضت أيضا بأن مفاد المادة ٢/٧٠٤ من القانون المنى هو أن التزام الوكيل فى تنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، إلا أنه لا شئ يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية ، ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامى على ألا يستحق الاتعاب أو على ألا يستحق المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى^(٢) .

٦/٩٤ - (و) فى عقد الوديعة : نصت المادة ٧٢٠ منى على أنه « إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد » .

(١) نقض منى ١٩٨٠/١٢/٤ - مدولتنا الذهبية - الممد الأول - فقرة ١٢٣٦ .

(٢) نقض منى ١٩٧٧/٢/٢٣ - موسوعتنا الذهبية - الجزء ١٠ فقرة ١٩٦٥ .

هذا ويجرى قضاء محكمة النقض على تقرير مسؤولية البنوك عن صرفها شيكات مزورة على عملاتها ولو لم يصدر خطأ من البنك في عدم كشف التزوير . وتقول في ذلك إن ذمة البنك لا تبرا في هذه الحالة بل تقع عليه تبعة هذا الوفاء أيا كانت درجة اتقان التزوير ، وأن ذلك يعد من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك ، وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين^(١) .

٧/٩٤ - (ى) فى عقد الرهن الحيازى: نصت المادة ١١٠٣ مدنى على أنه : إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه . . .

٩٥ - مسؤولية الدولة عن قراراتها فى مختلف الظروف : يتعين التفرقة فى مسؤولية الدولة بين مايصدر عن السلطة العامة من تدابير وتصرفات وهى تعمل فى ظروف عادية تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والرؤية ، وبين ما تضطر الى اتخاذه من قرارات واجراءات عاجلة تملئها عليها ظروف طارئة ملحة غير عادية لاتمهل للتدبر ولاتحتمل التردد كالحرب والفتنة والوباء والكوارث ، ففي الحالة الأولى تقوم مسؤوليتها متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه ضرر للغير . وقامت بين الخطأ والضرر رابطة السببية ، وتتراوح هذه المسؤولية تبعا لجسامة الخطأ والضرر . أما فى الحالة الثانية فالأمر جد مختلف ، اذ يوزن الخطأ بميزان مفاير ، وتقدر المسؤولية على هذا الأساس ، فما يعد خطأ فى الأوقات العادية قد يكون اجراء مباحا فى أحوال الضرورة الاستثنائية ، وتندرج المسؤولية على هذا الأساس ، فلا تقوم كاملة الا اذا ارتكبت الادارة خطأ استثنائيا جسيما يرقى الى مرتبة

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/١/١١ - مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ٩٤ ، نقض مدنى ١٩٦٧/١/١٩ - المرجع السابق ١٨ ص ٢٩٦٧ .

العسف المتعمد المصطحب بسوء القصد . وتتخفف هذه المسؤولية في حالة الظاهر غير المألوف الذي يجاوز الخطأ ولا يرتكن على مبرر يسوغه ، وتتعمد كلية في حالة الخطأ العادى المتجرد عن التعسف في استعمال السلطة الذى تحمل الادارة على الوقوع فيه ظروف غير عادية تبتغى به مصلحة عامة تعلو على المصالح الفردية ، ذلك أن المصالح الفردية لا تتوازى مع المصلحة العامة ، وليس يسوغ أن تقوم الخشية من المسؤولية عائقاً للسلطة العامة على القيام بواجبها الاسمى فى اقرار الأمن والمحافظة على كيان المجتمع وسلامة البلاد^(١) .

٩٦ - عبء اثبات التعدى : اذا وقع التعدى من شخص فالحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء اثبات وقوعه من المعتدى . فالمسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الاثبات .

ومن المقرر فى مجال إثبات التعدى أن حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية مقصورة على منطوق الحكم الصادر بالأدانة أو بالبراءة وعلى أسبابه المؤدية إليه بالنسبة لما كان موضع المحاكمة ودون أن تلحق الحجية الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو تلك الادانة^(٢) . كما أن المقرر أيضاً أن المسؤولية التقصيرية - وأساسها خطأ يجب إثباته - لا يكون لمحكمة الموضوع أن تقيمها على خطأ لم يدعيه المدعى^(٣) .

٩٧ - حالات تجعل التعدى عملاً مشروعاً : وهذه حالات ثلاث تعرض لها فيما يلى :

١ - حالة الدفاع الشرعى : فمن أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول ،

(١) الادارية العليا ١٣/٤/١٩٥٧ - المحاماه ٣٩ ص ٥٩٦ .

(٢) نقض مننى ٢١/٢/١٩٩٠ - الطعن رقم ٣٥٥٥ لسنة ٥٨ ق - غير منشور .

(٣) أنظر : نقض مننى ٣٠/٤/١٩٧٩ - مدونتنا الذهبية - الممد الأول - فقرة

على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (مادة ١٦٦ منى) . ويشترط لنفى المسؤولية اعتمادا على حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالا أو وشيك الحلول^(١) . وأن يكون هذا الاعتداء عملا غير مشروع وأن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط .

٢ - حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : فلا يكون الموظف العام ممثولا عن عمله الذى أضر به الغير اذا قام به تنفيذا لأمر صدر اليه ، متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى صدر منه وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، وانه راعى فى عمله جانب الحيطة (مادة ١٦٧ منى) . على أن طاعة الرئيس لا تمتد بحال من الأحوال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على المروؤس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيس بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه^(٢) .

٣ - حالة الضرورة : فكل من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون مسئولاً الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً (مادة ١٦٨ منى) .

(ثانيا) الركن المعنوى : الادراك

٩٨ - الادراك فى الشخص الطبيعى : تنص المادة ١٦٤ من القانون المبنى على أن : ١ - يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ٢ - ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعى فى ذلك مركز الخصوم ، .

(١) أنظر : نقض منى ١٩٥٥/١٠/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى ٦ ص ١٣٨١ .

(٢) نقض جنائى ١٩٧٤/١١/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى ٢٥ ص ٧٥٦ .

وهكذا فإن الشخص حتى يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً . إلا أن انعدام المسؤولية بسبب انعدام التمييز له نطاق ضيق ، إذ يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسؤول وحده عن خطأ غير مفروض . فإذا وجد مسؤولاً عن عديم التمييز كالأب أو المعلم أو نحو ذلك ، فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسؤول عنه ، ويكون هذا مسؤولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك .

وفي حالات النيابة تقع المسؤولية على عاتق الأصيل ولا يكون النائب مسؤولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود نيابته ، فإذا لم يرتكب مثل هذا الخطأ لم يكن مسؤولاً حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة . والأهباس في ذلك هو حلول إرادة النائب - كأثر للنيابة - محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو^(١) .

هذا وإذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، فقد أجاز القانون للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم . والمسؤولية هنا لا تقوم على أساس الخطأ وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة ، فالإدراك ركن في الخطأ وليس ركنًا في تحمل التبعة .

٩٩ - الإدراك في الشخص المعنوي^(٢) : المبدأ الذي استقر عليه القضاء والفقهاء في مصر هو جواز مسائلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه^(٣) . ولما كان

(١) نقض مني ١٩٨١/١٢/٢٧ - الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٤٢ ق .

(٢) أنظر في المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية : إبراهيم علي صالح - رسالة - ١٩٨٠ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مسألتها -

الشخص المعنوى يختلف عن الشخص الطبيعى فى أنه لايمكن أن ينسب له التمييز ، فان كثيرا من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوى عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع فتصل بذلك الى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه .

هذا وتتحقق مسئولية الشخص المعنوى العام (الدولة) فى مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين^(١) .

(ثالثا) تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

١٠٠ - المسئولية عن الأخطاء الفنية فى مزاوله المهنة : كثيرا مايخطئ رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك فى مزاوله مهنتهم . وأول ماتجب ملاحظته فى هذا الشأن أن مسئولية هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقبيه لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية . ولكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة هى التى تقتضيها أصول المهنة التى ينتمون إليها ، فالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية .

هذا والمعيار الذى يقاس به الخطأ المهنى هو معيار فنى . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هى

= مدنيا عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ من القانون المدنى (نقض مدنى ١٩٦٤/٦/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى ١٥ ص ٨٦٨ .

(١) أنظر : نقض مدنى ١٩٥٦/٣/١٥ - مجموعة المكتب الفنى ٧ ص ٣١٠ . وقد قضى بأن الخطأ المرفقى هو الخطأ الذى ينبغى إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام =

مالم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل ان جمهورهم يسلمون بها ولا يجادلون فيها جدلاً ، ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يفتقر ويكاد يلامس الخطأ الجسيم فاختلفت به^(١) .

وفى حكم حديث لمحكمة النقض قررت أن الأصل فى مسئولية الطبيب أنها لا تقوم على التزام بتحقيق غاية هى شفاء المريض وانما على الالتزام ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه ، وواجبه فى بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ فى مستواه المهنى علماً ودراسة فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول أثناء ممارسته لعمله ، ملحوظاً فى ذلك كله تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة ، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب فعندئذ يعد انحرافه خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض^(٢) .

١٠٦ - مسئولية القضاة وأعضاء النيابة العامة : - عنى المشرع - حماية للقاضى وعضو النيابة العامة - أن يرسم قواعد خاصة لمسئولية هؤلاء المدنية عن أعمالهم ، وذلك خشية أن يؤدى خضوعهم للقواعد العامة فى المسئولية إلى التأثير فى استقلالهم من

- به مادياً أحد العاملين بالمرفق ، ويقوم هذا الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية أى وضمها المشرع لى يلتزم بها المرفق ، أو داخلية أى سنّها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمر (نقض مدنى ١٩٩٠/٥/٦ - الطعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ ق - غير منشور) .

(١) انظر فى المسئولية المهنية على وجه الخصوص : حسن الأبراشى - مسئولية الأطباء والجراحين رسالة عام ١٩٥١ - محمد فائق الجوهري - المسئولية الطبية - رسالة عام ١٩٥٦ - وديع فرج - مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مقال بمجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢٨١ ومابعدهما . نقض مدنى ١٩٣٦/٦/٢٢ - مجموعة عمر ١ ص ١١٥٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٩/٣/١٦ - الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٨ ق . وعن مسئولية البنوك عن صرف الشيكات المزورة أنظر : نقض مدنى ١٩٦٧/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى ١٨ ص ١٩٦٢ ، ما بلى :قرة محل الوفاء ؛

جهة وحتى لا ينشغلوا من جهة أخرى بالدفاع عن أنفسهم عن أداء واجبهم مما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل وظيفة القضاء والنيابة العامة . ومن أجل ذلك رأينا المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات تحدد - على سبيل الحصر - الحالات التي يجوز فيها مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة والرجوع عليهم بتعويض الأضرار التي تسببها أعمالهم . وهذه الحالات هي :

١ - إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله غش أو تدليس أو غدر . وجماع الأمر . في هذه الحالات هو أن يقع الانحراف مصحوبا بسوء النية أى مصحوبا بالعمد ، وذلك إما إثارا لأحد الخصوم أو نكاية في خصم أو تحقيقا لمصلحة خاصة للقاضي أو عضو النيابة .

٢ - حالات الخطأ المهني الجسيم . وهو الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على نية الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات ، فهو خطأ لا يعطوه في سلم الخطأ درجة ولا ينقصه ليصبح غشا غير أن يقترن بسوء النية^(١) . أو هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادى أو لاهماله في عمله اهمالا مفرطا . ويستوى أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع النزاع الثابتة في الملف^(٢) .

٣ - إنكار العدالة . ويقصد به رفض القاضي صراحة أو ضمنا الفصل في الدعوى أو تأخير الفصل فيها رغم صلاحيتها للحكم ، أو رفضه أو تأخير البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة^(٣) .

٤ - الأحوال الأخرى التي ينص فيها القانون صراحة على مسئولية القاضي أو عضو النيابة العامة المدنية والتزامه بالتعويض . ومن

(١) استئناف المنصورة ١٩٧٨/٢/٢ - مجلة قضايا الحكومة ١٩٧٨ - العدد ٢

ص ١٩٧ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/٢/١٤ - مودنتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٩٩٧ .

(٣) فتحي والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٨١ ص ٢٠٩ .

الامثلة النادرة على ذلك مانصت عليه المادة ١٧٥ مراقعات من أنه إذا بطل الحكم لعدم إيداع مسودته المشتعلة على أسبابه الموقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق به ، كان المتسبب منهم فى البطلان ملزما بالتعويضات .

١٠٢ - حرية النشر : قضت محكمة النقض بأن الشارع قد دل بما نص عليه فى المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من قانون العقوبات على أن حصانة النشر مقصورة على الإجراءات القضائية العلنية والأحكام التي تصدر علنا ولا تمتد إلى التحقيق الابتدائي ولا إلى التحقيقات الأولية أو الادارية ، لأن هذه كلها ليست علنية إذ لا يشهدا غير الخصوم ووكلائهم ، فمن ينشر وقائع هذه التحقيقات أو ما يقال فيها أو ما يتخذ فى شأنها من ضبط وحبس وتفتيش واتهام وأحالة إلى المحاكمة فانما ينشر ذلك على مسؤوليته ، إذ أن حرية الصحفي لاتعنى حرية الفرد العادى ولا يمكن أن تتجاوزها إلا بتشريع خاص ، ومن ثم فإنه يلتزم فيما ينشره بالمقومات الأساسية المنصوص عليها فى الدستور ، وأنه ولئن جاز للصحف - وهى تمارس رسالتها بحرية فى خدمة المجتمع - تناول القضايا بالنشر فى مرحلة التحقيق الابتدائي أو الأولى باعتبارها من الاحداث العامة التى تهم الرأى العام إلا أن ذلك ليس بالفعل المباح على اطلاقه وإنما هو محدود بالضوابط المنظمة له ومنها أن يكون النشر فى إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرية الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الاعتداء على شرفهم وسمعتهم واعتبارهم أو انتهاك محارم القانون . لما كان ذلك ، وكان الواقع الثابت فى الدعوى أن الصحيفة التى يمثلها المطعون عليه نشرت ما تناوله التحقيق الابتدائي - فى مرحلة من مراحلها عن توجيه الاتهام إلى الطاعنين معرفين باسميهما والافراج عنهما بضمنان مالى ، وذلك قبل أن يتحدد موقفهما بصفة نهائية من هذه التحقيقات ودون تريض إلى حين التصرف النهائى فيها ، وأن الطاعنين استندا فى دعواهما على أن نشر هذا الخبر على هذه الصورة

وبهذا التسرع تضمن مساسا بسمعتها ، وكان لامراء فى أن المساس بالشرف والسمعة على هذا النحو - متى ثبتت عناصره - هو ضرب من ضروب الخطأ الموجب للمسئولية لا يشترط فيه أن يكون المعتدى سبىء النية بل يكفى أن يكون متسرعاً إذ فى التسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وهو ما يتوافر به هذا الخطأ - هذا إلى أن سوء النية ليس شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يلتزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على ماذهب إليه من أن سرية التحقيق الابتدائى وحظر افشائه تقتصر على القائمى عليه والمتصلين به بسبب وظيفتهم أو مهنتهم ، ولا يستطيل إلى الصحف طالما لم يثبت صدور قرار من جهة مختصة بحظر النشر ... يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون^(١) .

١٠٣ - فسخ الخطبة : قضت محكمة النقض بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة إلى أحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أنبي للطرف الآخر^(٢) .

كما قضت أيضاً بأن استقالة أمد الخطبة فى الزواج والاحجام عن اتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن اتمام الخطبة ولا تعد أفعالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول^(٣) .

١٠٤ - التعسف فى استعمال الحق : الغالب أن الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق هو المسئولية التقصيرية ذاتها ، اذ التعسف خطأ يوجب التعويض^(٤) .

(١) نقض مدنى ١٩٩٠/٦/١٧ - الطعن رقم ١٨٤٤ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٨ - مجموعة المكتب الفنى ١١ ص ٣٥٩ .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٢/١١/١٥ - المرجع السابق ١٣ ص ١٠٣٩ .

(٤) المنهوى - الوسيط ج ١ ص ٩٥٥ ومابعدهما .

ومعيار التعسف هو عينه المعيار المعروف للخطأ التقصيري . ففي استعمال الحقوق كما في اتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسؤوليته وذلك درءا لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية ستارا غير أخلاقي للاحاق الضرر بالغير . غير أن الانحراف هنا لا يعتد به الا اذا اتخذ صورة من الصور التي عدتها المادة الرابعة من القانون المدني والتي - على حد تعبير محكمة النقض - يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الاضرار سواء على نحو ايجابي يعتمد السعي إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا هو إلى الترف اقرب عما سواه مما يكاد يبلغ قصد الاضرار العمدى . وفيما يلي نشير إلى الصور التي عدتها المادة الرابعة من القانون المدني :

١ - قصد الاضرار بالغير : وهنا لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الاضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه مما يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي . ويجب على المضرور أن يثبت قصد الاضرار ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات .

وقد قضى بأن حق الشكوى من الحقوق المباحة للأفراد ، ولا يترتب على استعماله أدنى مسؤولية قبل المبلغ طالما لم يثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد^(١) . وأنه لا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر متى قام سبب لتمسكه بهذا الشرط^(٢) (شرط الحصول على موافقة المؤجر بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار) . كما قضى بأن القول بعدم جواز الحكم بتعويض ما على

(١) نقض مدني ١٧/٢/١٩٨١ - الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٥٠ ق - مدونتنا المدنية والتجارية - التزامه ١٠/٤/١٩٦١ .

(٢) نقض مدني ٢٥/٦/١٩٨٦ - مدونتنا للذهبية - العدد الثالث - فقرة ٤١١ .

شخص يقوم بالدفاع عن نفسه مشروط بعدم اساءة استعمال حق الدفاع . ومتى كان الثابت هو أن المستأنف عليهم قد حاق بهم بسبب اساءة المستأنفة استعمال الحق في الإنكار في غير وجهه المشروع ضرر مادي ، اذ أن مسلكها في اتخاذ اجراءات الطعن بالتزوير رغم علمها بأنه على غير مقتضى قد استنفذ قدره من وقتهن ومجهودهن وأخل بالمصلحة المالية لهن اذ كبدتهن انفاق المال لمجابهة نشاطها الكيدى ، كما أن هذه الاجراءات الكيدية التى عانت منها المستأنف عليهم وأقلقت بالهن طوال مدة التقاضى أحاقت بهن ضررا أدبيا اذ أخلت اخلاقا خطيرا بكرامتهن وخدشت سمعتهن بين الناس وقد وقع الضرر الذى حدث بهن وتحقق فعلا . متى كان ذلك فان تعويضهن عن هذا الضرر يكون واجبا^(١) .

٢ - رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا : وتحقق هذه الصورة اذا كانت المصالح التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار هنا معيار مادی قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمتفعل أو المضرور يمسرا أو عسرا ، ذلك أن فكرة إساءة استعمال الحق لاتنبع من دواعى الشفقة وانما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب .

٣ - عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها^(٢) : والمعيار هنا هو أيضا موضوعى وإن كان طريق

(١) استئناف بنى سوف ١١/١١/١٩٧٣ - القضية رقم ٤٠ لسنة ١١ ق .

(٢) قضت محكمة النقض بأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . وهو مالا يتحقق الا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقا للتقاضى والدفاع من الحقوق المبلغة ولايسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا بحق يدعيه أو دفعا لإدعاء يقام عليه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الاضرار بخصمه ... (نقض مدنى ١٩٨٨/١/٢٤ - الطعن رقم ٢٣٤٤ لسنة ٥٤ ق) .

الوصول اليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من الملوك المؤلف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقا له الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من استقراء الصور المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الاضرار سواء على نحو إيجابى بتعمد السعى إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبى بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا هو إلى الترف عما سواء مما يكاد يبلغ قصد الاضرار العمدى ، وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة فى هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادى قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يمسرا أو عسرا ، اذ لا تنبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعى الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب^(١) .

وتطبيقا لذلك قضى بأن تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيريا يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والנקاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط^(٢) .

١٠٥ - تنفيذ الأحكام الجائز تنفيذها مؤقتا : تنفيذ هذه الأحكام هو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تربص حتى يحوز

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١/٢٦ - مدونتنا الذهبية - الممد الأول فقرة ٦٢٨ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٩/١١/٧ - الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ ق - غير منشور .

الحكم قوة الشيء المحكوم فيه . فإذا لم يترقب المحكوم له وأقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم أنه معرض للإلغاء عند الطعن فيه فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسؤوليته فيتحمل مخاطره إذا ما ألغى الحكم^(١) .

الفرع الثاني

الضرر

الضرر هو الركن الثاني للمسئولية التقصيرية . وهو إما أن يكون ضررا ماديا يصيب المضرور في جسمه أو في ماله ، وإما أن يكون أدبيا يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه . ونبحث فيما يلي نوعا الضرر :

١٠٦ - الضرر المادي : وهو الاخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية^(٢) . ويشترط لتحقيق الضرر المادي ، فضلا عن الاخلال بمصلحة مالية للمضرور ، أن يكون الضرر محققا أى أن يكون قد وقع فعلا أو سيقع حتما . وفي ذلك قول محكمة النقض المصرية إنه يجب لصحة طلب المدعى المدني الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى به ثابتا على وجه اليقين والتأكيد ، واقعا ولو في المستقبل ، ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداية^(٣) .

هذا ويقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ من القانون المدني مراعى فى ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١/٨ - ملونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٥٥٣ .

(٢) المنهوى - الوسيط ج ١ ص ٩٧٠ .

(٣) نقض جنائى ١٩٤٧/٦/١٦ - المحاماة ٢٨ ص ٧٤٦ .

خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير (مادة ١٧٠ منن١) والعبرة في تقدير قيمته الضرر هي بقيمته وقت الحكم بالتعويض وليست بقيمته وقت وقوعه^(٢).

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعا وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضى عند تقديره ، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم عنه ، فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا فى دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل فى حساب القاضى عند تقدير التعويض الأول .

أما الضرر المحتمل ، فهو ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، ومن ثم لا يكون التعويض عنه واجبا الا اذا وقع فعلا أو كان وقوعه فى المستقبل حتميا^(٣).

أما عن نفويت الفرصة كصورة من صور الضرر ، فالمقرر أن مجرد نفويت فرصة للكسب يعتبر فى ذاته ضررا محققا . وإلى هذا المعنى تشير محكمة النقض بقولها إن القانون لا يمنع من أن يحسب فى عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه وقوع فعل ضار أو تصرف إدارى خاطئ وضار كذلك^(٤).

(٢) إذ يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملا ، ولا يكون التعويض كافيا لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمته وقت الحكم مالم يكن المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فلا يكون له عندئذ أن يرجع بغير ما دفعه فعلا مهما تغيرت الاسعار وقت الحكم (نقض مننى ١٩٨٨/١/٢٦ - الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق - غير منشور) .

(٣) نقض مننى ١٩٨٢/٥/٤ - الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤٩ ق - مدونتنا المدنية والتجارية « التزام » ١٠/٤/١٦٦ .

(٤) نقض مننى ١٩٥٨/١١/١٣ - المحاماة ٣٩ ص ١٠٢٥ ، وأيضا : نقض مننى ١٩٨٨/١/١٩ - الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٥٤ ق - غير منشور - جاء به أنه وإن -

وإذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فإن الضرر المادى يكون قد حاق به عند الموت ممثلاً فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضاً إلى الورثة^(١) .

أما ما ينفقه الوالد على ولده ، فلائته من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانوناً فلا يجوز له أن يعتبر ما ينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض^(٢) .

١٠٧ - ٢ - الضرر الأبدى : انقضى من زمن الخلاف حول صلاحية الضرر الأبدى للمطالبة بتعويض مادى ، وأصبح الاجماع منعقداً فى الفقه وفى القضاء على مساواة الضرر الأبدى بالضرر المادى على الأقل من حيث مبدأ إيجاب التعويض ومدى التعويض . وقد نصت جميع التقنينات العربية الحديثة تقريباً على وجوب تعويض الضرر الأبدى . ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ منى من أن « يشمل التعويض الضرر الأبدى أيضاً ... » .

ولكن التعويض عن الضرر الأبدى لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو كان الدائن قد طالب به أمام القضاء ومع ذلك فلا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . ويبرر مسلك القانون المدنى

= كانت القرصة أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة - وانتهى هذا الحكم إلى الاعتداد فى تقدير التعويض بالقرصة المحققة التى فانت على أبوين من جراء فقدما ابنهما الطالب بالمسنة النهائية من دراسته الفنية والتى كانت تبعث لدهما الأمل فى أن يستظلا برعايته وإنهما إذ فقدا فقد فانت فرصتهما بضياح أملهما .

(١) نقض منى ١٩٨٠/١/٢٢ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٥٥٥ .

(٢) نقض منى ١٩٧٩/٥/١٦ - المرجع السابق - فقرة ١٢٥٣ .

المصرى فى هذه المسألة الميل الى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر
أذى ، والحد من المغالاة فى ذلك منعاً للاستغلال .

١٠٨ - اثبات الضرر : على من يدعى الضرر ويطلب تعويض
عنه أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقاعدة العامة فى الإثبات ، قاعدة « البينة
على من ادعى » .

ولأن الضرر أمر مادي ، فإنه يجوز اثباته بكافة الطرق بما فى ذلك
البينة والقرائن .

ويعتبر التثبت من وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها
لمحكمة النقض . وفى ذلك قول محكمة النقض ان اثبات حصول
الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع^(١) .

ولا يكفى إقامة الدليل على وقوع ضرر ، بل لابد من اثبات مدى
الضرر الذى وقع وبيان عناصره ، الا اذا اقتضت الدعوى على طلب
تعويض مؤقت لتقرير مبدأ المسؤولية تمهيداً لطلب التعويض الكامل ،
فيكتفى فى طلب التعويض المؤقت باثبات وقوع أى ضرر ، ويرجأ
اثبات عناصر الضرر عند طلب التعويض الكامل .

الفرع الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

لا يكفي فى قيام المسؤولية المدنية حصول ضرر لشخص ووقوع
خطأ من آخر ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر فى
حدوث الضرر^(٢) والا انعدمت المسؤولية . ومع أن رابطة السببية

(١) وتنقض مدنى ١٩٤٠/٣/٧ - مجموعة عمر ٣ ص ١٢٣ - تنقض مدنى
١٩٨٨/١/١٠ - الطعن رقم ١٧١٢ لسنة ٥١ ق - غير منشور .

(٢) قضت محكمة النقض بصحة تأسيس القضاء بالتعويض على ثبوت خطأ موظفى
إدارة مرور الجيزة المتمثل فى تقصيرهم وإهمالهم فى حفظ ملف السيارة التى وقع -

شرط أساسى فى قيام المسئولية ، فانه كثيرا ما يصعب تقدير هذه الرابطة بسبب تعدد ظروف الأحوال وتداخلها . ويدق الأمر بوجه خاص عند تعدد الأسباب التى اجتمعت على احداث ضرر واحد ، وعند تعدد النتائج المتسلسلة عن سبب أصلى واحد . وتفصيل ذلك .

١٠٩ - أولا - تعدد الأسباب : يجوز أن يكون للضرر سببان . ولكن أحدهما يستغرق الآخر ، ويبقى هو السبب الوحيد الذى أحدث الضرر ، فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ويتحقق ذلك فى فرضين : فاما أن يكون أحد السببين خطأ عمدى والآخر غير عمدى فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ويصبح هو السبب الوحيد الذى نقف عنده . واما أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر كالتنفيذ الخطأ بناء على مشورة خاطئة ، فيستغرق خطأ المشورة خطأ التنفيذ .

وقد تتعدد الأسباب دون استغراق . وفى ذلك نظريتان : الأولى نظرية تكافؤ الأسباب ومؤداها الاعتداد بكل سبب له دخل فى احداث الضرر مهما كان هذا السبب بعيدا . والثانية نظرية السبب المنتج التى آثارها الفقهاء ، وهى تستعرض الأسباب المتعددة التى كان لها دخل فى احداث الضرر ، وتميز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وتقف عند الثانية دون الأولى وتعتبرها وحدها السبب فى احداث الضرر . وقد أخذت بهذه النظرية محكمة النقض المصرية . ومن ذلك ما قضت به من أنه اذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت الأفعال التى اعتبرها خطأ من جانب الطاعنة (محافظة الاسكندرية) وانتهى الى أن السبب المنتج منها فى احداث الضرر هو خطأ الطاعن المتمثل فى عدم ايجاد فنيين وأدوات وعقاقير لاسعاف مورث المطعون ضدهم بعد

- منها حادث الاصابة ، حيث ترتب على هذا الخطأ الحاق الضرر بطالب التعويض بتفويت فرصة اقتضاء التعويض من شخص ملئء هو شركة التأمين المؤمن لديها على السيارة التى تعذر الاستدلال عليها بسبب فقدان الملف آنف الذكر (نقض مدنى ١٩٨٨/٣/١٠ - الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٥٤ ق - غير منشور) .

انتشاله من المياه بشاطئء العجمى ... وكان من شأن عدم اسعاف المشرف على الغرق بعد اخراجه من المياه أن يؤدى عادة الى وفاته فان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى توافر علاقة السببية بين خطأ الطاعن ووفاة المورث التى ألحقت الضرر بورثته لا يكون مخالفا للقانون أو مشوبا بالقصور^(١) .

١١٠ - ثانيا - تسلسل النتائج : اذا حدثت عدة نتائج ضارة متسلسلة فيما بينها وانحصر السبب فى خطأ واحد ، فان رابطة السببية التى تقوم عليها المسؤولية لاتعتبر متوافرة الا بالنسبة الى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون غيرها .

والتمييز بين ما يعتبر ضررا مباشرا وما لايعتبر كذلك ليس دائما بالأمر الهين ، بل أنه بلغ حدا كبيرا من الدقة حدث بالمحاكم الى اعتباره مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع غير خاضع لرقابة محكمة النقض .

والمعيار الذى أخذت به المادة ٢٢١ من القانون المنى يذهب الى أن الضرر المباشر هو ماكان نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثه ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . وقد قضت بذلك محكمة النقض حيث قررت أنه لا مسؤولية اذا كان فى وسع المضرور توقي الضرر ببذل جهد معقول^(٢) .

ونخلص من ذلك الى أن الاضرار المباشرة - بالتحديد المتقدم - هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ .. أما الأضرار غير المباشرة فتتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ولا مسؤولية عنها .

(١) نقض منى ١٦٦٨/١١/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى ١٩ ص ١٤٤٨ ، نقض منى ١٩٨١/٣/١٨ - مؤلفتنا المدنية والتجارية - «الترام» - ١٦٢/٤/١٠ .
(٢) نقض منى ١٩٦٦/١١/٨ - مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ١٦٢٩ .

١١١ - اثبات السببية ونفيها : الأصل أن مدعى التعويض عليه أن يثبت أركان المسؤولية جميعا ، بما فيها رابطة السببية^(١) ، ويكون على المدعى عليه أن يدفع مسؤوليته بأن يهدم القرائن التي يسوقها المدعى فينفي بذلك ركن السببية. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر ، فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور . وللمستول نقض هذه القرينة باثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه^(٢) .

وقد نصت المادة ١٦٥ من القانون المدني على أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك» . فالسبب الأجنبي الذي يعدم رابطة السببية هو اذن : ١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ، ٢ - خطأ المضرور . ٣ - خطأ الغير . ونستعرض هذه الأسباب فيما يلي :

١١٢ - ١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء : وتقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز فيما نحن بصدد بين القوة القاهرة وبين الحادث المفاجيء^(٣) . ويشترط في الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أن يكون غير ممكن التوقع من ناحية وأن يكون مستحيل الدفع من ناحية أخرى .

ومعيار عدم امكان التوقع معيار موضوعي لا ذاتي ، لاكتفى فيه بالشخص العادى بل بأشد الناس يقظة وبصرا بالأمر ، ويتطلب أن يكون عدم الامكان مطلقا وليس نسبيا . والعبرة في عدم امكان التوقع بوقت إبرام العقد ولو أمكن توقعه بعد التعاقد .

(١) نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١٥ - المحاماة ٣٩ ص ٣٩٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٩/١١/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى ١٩ ص ١٤٤٨ .

(٣) الوسيط للسهنورى ج ١ ص ٩٩٥ .

أما عن استحالة الدفع ، فتعني أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وأن تكون الاستحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أى شخص يكون فى موقف المدين ، وهو ما يميز نظرية القوة القاهرة عن نظرية الحوادث الطارئة التى يكفى فيها أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا فحسب .

وقد قضت محكمة النقض بأن القوة القاهرة بالمعنى الوارد فى المادة ١٦٥ من القانون المدنى تكون حربا أو زلزالا أو حريقا ، كما قد تكون أمرا إداريا واجب التنفيذ ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقيع واستحالة الدفع وينتضى بها التزام المدين من المسؤولية العقدية ، وتنقضى بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسؤولية التقصيرية ، فلا يكون هناك محل للتعويض فى الحالتين^(١) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أن فرض الحراسة الإدارية على أموال شخص يوجب بمجرد صدور الأمر به غل يد ذلك الشخص عن إدارة أمواله وأخصها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه ، وأنه يترتب على فرض هذه الحراسة وقف سريان الفوائد التأخيرية قانونية كانت أو اتفاقية على الديون التى حل أجل الوفاء بها بعد صدور قرار فرض الحراسة وحتى تاريخ الافراج عن أموال المدين^(٢) .

١١٣ - ٢ - خطأ المضرور : إذا أثبت المدعى عليه فى دعوى المسؤولية أن المصاب قد تسبب بخطئه فى حدوث الضرر الذى أصابه أو فى استفحال ذلك الضرر باهماله ، فقد أثبت أن للضرر سببا أجنبيا غير الخطأ الذى وقع منه هو ، لأن من حقه أن يتوقع أن يسلك المصاب مسلكا سليما لا خطأ فيه ، وليس عليه أن يتوقع منه سلوكا خاطئا ، فلا يحتاج الى أن يثبت أنه لم يتوقع هذا الخطأ فعلا ، ولا أنه كان فى الوسع

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/١/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى ٢٧ من ٣٤٣ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٥/٤/٢٩ - الطعن رقم ٩١٧ لسنة ٥٠ ق .

تفاديه^(١) . وقد قضت محكمة النقض بأن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لحدوث النتيجة^(٢) .

ويتبع في تقدير خطأ المضرور المعيار الموضوعي ، أى أنه يقاس بالنسبة الى مسلك الرجل العادى ، فيستبعد المعيار الشخصى ، وتراعى فقط ظروف المضرور المنظورة .

١١٤ - ٣ - خطأ الغير : اذا أثبت المدعى عليه أن الضرر الذى لحق المضرور راجع الى خطأ شخص أجنبى عنه ، فانه بذلك يكون قد أثبت السبب الأجنبى .

ويلاحظ أن فعل الغير لا يعتبر فى ذاته سبباً أجنبياً الا اذا كان ذلك الغير أجنبياً عن المدعى عليه وكان فعله خطأ كما فى فعل المضرور^(٣) . فحينئذ يكفى هذا الخطأ لدفع المسؤولية ، ما لم يثبت المدعى أنه كان فى وسع المدعى عليه أن يتوقع ذلك الخطأ من الغير أو أنه توقعه بالفعل وانه كان يستطيع تفاديه أو درء نتائجه ، فتظل مسؤولية المدعى عليه قائمة^(٤) .

ويجب لنفى المسؤولية هنا أن يستغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ان وجد^(٥) . فان لم يستغرقه بقى الخطئان قائمين واعتبر أن كلا منهما سبب فى احداث الضرر ، وهذه هى حالة تعدد المسؤولين . وفى ذلك تقول المادة ١٦٩ من القانون المدنى «اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسؤولية فيما

(١) المسؤولية المدنية - ميلمان مرسى ص ٤٩٥ .

(٢) نقض جنائى ١٩٦٦/٤/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ٤٧٥ .

(٣) المسؤولية المدنية - المرجع السابق ص ٥٠٣ .

(٤) بهذا المعنى قضت محكمة النقض فى ١٩٦٦/١/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى

١٧ ص ١٩٩ .

(٥) نقض مدنى ١٩٧٣/٦/١٢ - مجموعة المكتب الفنى ٢٤ ص ٨٩٤ .

بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .
وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن الحكم الذى تقرره المادة ١٦٩ من القانون
المدنى لا يرد إلا عند تحديد مسئولية كل شخص من محدثي الضرر
المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبي الفعل الضار أنفسهم ، ومادام
المتبوع لم يرتكب خطأ فإن مسئوليته بالنسبة لما اقترفه تابعه هى
مسئولية المتبوع عن عمل تابعه ولا يعتبر بالنسبة لهذا التابع مدينا
متضامنا أصلاً^(١) . كما قضى بأنه إذا كان الفصيص فى ذاته فعلاً
ضاراً ، وكان الرعي يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب
مقابل ما حرم من ثمار ، وكان من المرء طبقاً لنص المادة ١٦٩ من
القانون المدنى أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين
فى التزامهم بتعويض الضرر ، فإن الحكم إذ أيد الحكم المستأنف فيما
قضى به من الزام الطاعنين متضامنين بالرعي يكون قد التزم صحيح
القانون^(٢) .

المبحث الثانى

آثار المسئولية التكفيرية

إذا توافرت أركان المسئولية - خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ،
تحققت المسئولية ، وترتبت عليها آثارها ، ووجب على المسئول
تعويض الضرر الذى أحدثه بخطئه .
فالتعويض انن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسئولية ، وهو
جزؤها . ويتحقق ذلك من خلال دعوى المسئولية .

الفرع الأول

دعوى المسئولية

١١٥ - طرفا الدعوى : المدعى فى دعوى المسئولية هو

(١) نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٢ - مونتتا للذهبية - العدد الثامن لقررة ٢٢٠٨ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٤ - المرجع السابق - العدد الأول - قررة ٧٧٢ .

المضرور ، وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض .

غير أنه لا يوجد فى القانون ما يحظر أن يطالب المضرور بالتعويض لنفسه ثم يعلن فى ذات الوقت عن رغبته فى النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية^(١) .

ويطالب المضرور بالتعويض بنفسه أو يقوم نائبه - الاتفاقى أو القانونى أو القضائى - مقامه فى ذلك . كما ينتقل التعويض عن الضرر المادى من المضرور الى من يخلفه خلافة عامة أو خاصة ، أما اذا كان التعويض عن ضرر أدبى فإنه لا ينتقل الى خلف المضرور الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو كان المضرور قد طالب به أمام القضاء (مادة ٢٢٢ مدنى) .

وقد قضى بأن اعتداء الجانى على المجنى عليه والقضاء على حياته فيه اخلال جسيم بحقه فى سلامة جسمه وصون حياته . وأنه إذا كان الاعتداء يسبق بداهة الموت بلحظة فإن المجنى عليه يكون خلالها - مهما قصرت - أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها الحق فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له ذلك قبل الموت فإنه ينتقل من بعده الى ورثته^(٢) .

وإذا تعدد المضرورون - أياً كانت صور التعدد - كان لكل منهم حق المطالبة بالتعويض بدعوى مستقلة لا تتأثر بدعاوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين^(٣) .

أما المدعى عليه فى دعوى المسؤولية فهو شخص المسئول أو نائبه

(١) أنظر : نقض جنائى ١٩٤٦/١٠/٢١ - مجموعة الربع قرن ص ٦٣٨ بند ٢٥١ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٧/١٢/١٧ - الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٤ ق - غير منشور .

(٣) أنظر : نقض جنائى ١٩٧٥/٤/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ ص ٣٦٧ .

أو خلفه الا بالنسبة للوارث فالمعروف أن الشريعة الاسلامية - وهي القانون في المواريث - تقضى بالأ تركة الا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هي المسئولية بعد موت المسئول ، وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية . وما على المضرور الا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض ويتقاضى حقه كاملا من التركة .

وإذا تعدد المسئولون ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض (مادة ١٦٩ مدنى) . ولكن يشترط حتى يقوم هذا التضامن أن يكون كل واحد من المسئولين قد ارتكب خطأ ، وأن يكون كل خطأ سببا فى احداث الضرر ، وأن يكون الضرر الذى أحدثه كل مسئول بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد^(١) . ولأن التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار مصدره القانون فإن المحكمة تقضى به من تلقاء نفسها دون توقف على طلب من المضرور^(٢) .

هذا ويعمل بحكم المادة ١٧٢ مدنى ولو أقيمت دعوى التعويض من العامل بعد انقضاء مدة السقوط بالتقادم الحولى المنصوص عليها فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى طالما كانت الدعوى قد أقيمت بطلب تعويض العامل عن الاضرار التى أصابته - ومن بينها الفصل من العمل - نتيجة خطأ رب العمل فى الابلاغ عن العامل بجرائم باطلة ، فالدعوى فى هذه الحالة تخضع للأحكام الخاصة بالمسئولية عن العمل غير المشروع ومن بينها المادة ١٧٢ من القانون المدنى^(٣) .

١١٦ - الطلبات والدفع - تقادم الدعوى : مهما تنوعت الطرق

(١) نقض جنائى ١٠/١١/١٩٥٤ - مجموعة المكتب الفنى ٦ من ٤٩ .

(٢) نقض مدنى ١٥/١١/١٩٨٩ - الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٦ ق - غير منشور .

(٣) نقض مدنى ١٧/١٢/١٩٨٩ - الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - غير منشور .

والوسائل التي يستند اليها المدعى في تأييد طلباته ، فإن سبب دعواه واحد هو اخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة ، يستوى في ذلك أن يكون الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، ثابتاً أو مفترضاً ، قابلاً لاثبات العكس أو غير قابل لذلك .

أما موضوع الدعوى فهو التعويض عن الضرر ، وهذا يقتضيه المدعى كما يراه . ولا يكون للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى ولكن يجوز له أن يقضى بأقل ، كما لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض في الاستئناف لأول مرة لأن ذلك يعد طلباً جديداً غير مقبول في الاستئناف . مالم تكن أسباب الزيادة قد طرأت بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى (مادة ٢٣٥ / ٢ مرافعات) (١) .

ويكون للمدعى عليه في دعوى المسؤولية أن يدفعها بأحد أمرين : أما أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر . وأما أن يعترف بقيام المسؤولية ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام . ونخص من هذه الأسباب (التقادم) فقد نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه (٢) . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

(١) الاستئناف في الأحكام المدنية والتجارية - للمؤلف - ١٩٨٩ ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) قضت محكمة النقض بأن المراد بالعلم في حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني هو العلم الحقيقي واليقينى الذى يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمعنى مدة التقادم ، ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لا يحيط بوقوع الضرر أو شخص المسئول عنه . ولئن كان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو من المسائل المتعلقة بالواقع والتي يستقل بها قاضى الموضوع ، إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط -

٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط الا بمقروط الدعوى الجنائية .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بسدده أن مدة التقادم الثلاثي المقررة بالمادة ١٧٢ من القانون المدني تبدأ في حالات الاعتداء على الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين من تاريخ الافراج عن المضرور ، وذلك في الفترة السابقة على العمل بدستور عام ١٩٧١ الذي نصت المادة ٥٧ منه على عدم تقادم الدعوى الجنائية ولا الدعوى المدنية التي تنشأ في مثل تلك الحالات ^(١) . وأن المراد بالعلم لبدء سريان التقادم الثلاثي هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط حق التعويض بمضي مدة التقادم ^(٢) . وأن القضاء بتعويض مؤقت في الدعوى المدنية المرفوعة بالتبع للدعوى الجنائية لا يغير من مدة التقادم المسقط لدعوى التعويض الكامل عن ذات الفعل الضار التي تسقط رغم ذلك بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم النهائي في الدعوى الجنائية ^(٣) . وقضت أيضا بأنه إذا كانت مدة تقادم دعوى التعويض قد بدأت في السريان من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه وكانت الدعوى الجنائية قد رفعت على الجاني ولم يشأ المضرور أن يطالب بالتعويض المدني أمام المحكمة الجنائية فإن

= راقبتها متى كانت الأسباب التي بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها (نقض مدني ١٩٨٩/٢/٢٦ - الطعن رقم ١٤٠٢ لسنة ٥٦ ق - غير منشور) .

(١) نقض مدني ١٩٨٢/٥/٤ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٦٧/٤/١٠ .

(٢) نقض مدني ١٩٨٠/١٢/٢٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فترة ٥٨٥ .

(٣) نقض مدني ١٩٧٨/١١/٢٩ - مجموعة المكتب الفني ٢٩ ص ١٨٣٣ .

مدة التقادم فى هذه الحالة تقف بحكم القانون طوال مدة المحاكمة الجنائية ولا يعود التقادم الثلاثى الى المريان الا عند صدور الحكم النهائى بادانة الجانى أو عند انتهاء المحاكمة لأى سبب آخر ويكون للمضرور بعد ذلك وقبل أن تكتمل مدة التقادم الثلاثى أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية . واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الدعوى المطروحة متعلقة بجناية اختلاس فهى - على إطلاقها - تسقط بعشر سنوات من تاريخ وقوع تلك الجناية ورتب على ذلك رفض الدفع بالتقادم والقضاء بالتعويض فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه^(١) .

هذا ولأن نص المادة ١٧٢ مدنى المشار إليه هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، وقد ورد فى خصوص الحقوق التى تنشأ عن المصدر الثالث من مصادر الالتزام فى القانون المدنى وهو العمل غير المشروع ، فإنه لا يجوز تطبيقه بالنسبة للحقوق الناشئة عن مصادر أخرى إلا إذا وجد نص خاص . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه لما كانت علاقة رجال القضاء أو النيابة بوزارة العدل هى علاقة تنظيمية مصدرها القانون ، وكانت مسئولية الادارة عن القرارات الادارية الصادرة فى هذا الشأن لا تنسب إلى العمل غير المشروع وإنما تنسب إلى المصدر الخامس وهو القانون باعتبار هذه القرارات

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٥/٢٥ - المرجع السابق ٢٦ من ١٠٦٨ . وإذا كان رفع الدعوى الجنائية يكون مانعاً قانونياً فى معنى المادة ٣٨٢ مدنى الذى يتضمن معه على المضرور المطالبة بحقه فى التعويض ، فلا يغير من ذلك قيام الدعوى المدنية على أساس المسئولية الشئبية والخطأ فيها مفترض فى جانب حارس الشئ ، ذلك أن حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية لا تقتصر على ركن الخطأ وحده وإنما تشمل على مقتضى المادتين ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية و ١٠٢ من قانون الإثبات ما فصل فيه الحكم فصلاً لازماً فى وقوع الفعل المكون للامساس المشترك بين الدعيين وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله (نقض مدنى ١٩٨٩/٦/١٤ - الطعن رقم ١٤٢٨ لسنة ٥٧ ق - غير منشور) .

تصرفات قانونية وليست أعمالا مادية ، فإن مساهلة الادارة عنها عن طريق التعويض لا تمسقط إلا بالتقادم العادى^(١) .

١١٧ - الإثبات : المدعى هو الذى يحمل عبء اثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو فى المسئولية خطوة قبل أن يثبت ذلك . وفى ذلك قول محكمة النقض إن على المضرور عبء اثبات الضرر الذى يدعيه وعناصره ومذاه وأنه لا الزام على محكمة الموضوع بأن تكلف مدعى الضرر بتقديم الدليل على دفاعه أو لغت نظره الى مقتضياته ، ولا عليها ان هى لم تأمر باجراء تحقيق لم يطلبه الخصوص ولم تر هى من ناحيتها حاجة اليه ، وحسبها ان تقيم قضاءها وفقا للدلة والمستندات المطروحة عليها بما يكفى لحمله^(٢) .

غير أنه فى أحوال استثنائية يعفى القانون المدعى من اثبات الضرر ، إما بوضع قرينة غير قابلة لاثبات العكس على أن هناك ضررا قد وقع (من ذلك المادة ٢٢٨ مدنى بالنسبة لاستحقاق فوائد التأخير) ، وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على وقوع الضرر (من ذلك المادة ١/٢٢٤ مدنى بالنسبة لاستحقاق الشرط الجزائى) .

وقد يعفى القانون المدعى من اثبات الخطأ^(٣) (من ذلك المادة ١٧٤ مدنى بالنسبة لمسئولية المتبوع ، المادة ١٧٨ مدنى بالنسبة لمسئولية حارس الأشياء) . أما اذا كان أساس المسئولية خطأ يجب اثباته فالمقرر

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٤/١٥ - دونتنا للذهبية - العدد الأول - فقرة ٥٨٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٢/٥/٩ - دونتنا المدنية والتجارية ١٦٨/٤/١٠ .

(٣) قضت محكمة النقض أن مفاد نص المادة ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات أن القانون وضع قرينة قانونية مقتضاها إعفاء الجهة الإدارية من إثبات خطأ أمين المخزن عند وقوع عجز بعينه التى تسلمها فعلا وافترض قيام هذا الخطأ من مجرد ثبوت وقوع هذا العجز ، ولا ترتفع هذه القرينة إلا إذا ثبت أن العجز نشأ عن أسباب قهرية أو ظروف خارجة عن إرادة الموظف لم يكن فى مكانه التحوط لها (نقض مدنى ١٩٨٨/٢/٢٣ - الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق - غير منشور) .

أنه ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة أو أن تنفيها على خطأ لم يدعيه المدعى^(١).

أما عن اثبات علاقة السببية ، ففي أكثر الأحوال إذا أثبت المدعى الضرر والخطأ ، تقوم في ذهن القاضى شبهة قوية في أن الخطأ هو الذى أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية تنقل عبء الاثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنفى هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى (أنظر المادتين ١٦٥ و ٢١٥ مدنى) .

هذا ولما كانت أركان المسؤولية الثلاثة هي وقائع مادية ، فإن اثبات أى منها يجوز بجميع الطرق وخاصة شهادة الشهود والقرائن . ومن هذه الأخيرة القرينة التى تقوم على حجية الحكم الجنائى والتى يشترط لاعمالها :

- (أ) أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى .
- (ب) أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى .
- (ج) أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضروريا .

والى الأحكام المتقدمة تشير محكمة استئناف بنى سوف بقولها :

من المقرر أنه إذا وقعت جريمة جنائية وسببت ضررا للغير فإنه تنشأ عنها دعوتان ، دعوى جنائية ودعوى مدنية ، ولا نزاع فى أن هاتين الدعويتين متميزتان لاختلافهما فى الموضوع والخصوم ، وكان مقتضى ذلك الا يكون للحكم الصادر فى احدهما حجية فى الدعوى الأخرى ، غير أنه مما لا يطاق أن تحكم المحكمة الجنائية بادانة شخص ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى برفض دعوى التعويض

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/٤/٢٥ - المرجع السابق ١٦٤/٤/١٠ .

الموجهة اليه ، لذلك رأى المشرع أن يتفادى التعارض بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية بأن يجعل للأحكام الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية وبناء على الحكمة التشريعية المنصوص عليها في المادة ١٠٢ من قانون الاثبات بتقيد القاضى المدنى بكل ما فصل فيه الحكم الجنائى فصلا قاطعا لازما للفصل فى الدعوى الجنائية ، والقاعدة الصحيحة فى حجية الحكم الجنائى الانتهائى أن هذه الحجية تقوم كلما فصل الحكم الجنائى فصلا شاملا ولازما (١) فى تحقيق الفعل الذى يكون الأساس المشترك لكلا الدعويين الجنائية والمدنية (٢) وفى الوصف القانونى لهذا الفعل . (٣) وفى ادانة أو عدم ادانة المتهم بارتكاب الفعل ، فإذا قضت المحكمة الجنائية بالادانة أى بوقوع الفعل الذى يكون أساس الدعوى وبوصفه بأنه جريمة معينة ونسبته الى المتهم فانه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء فتعتبر هذه الأمور ثابتة ولو كانت الدعوى مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلا فى الدعوى الجنائية ولا يكون أمامها بعد ذلك الا أن تبحث فى تقدير التعويض المترتب عليها^(١) .

١١٨ - الطعن فى الحكم : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى المسؤولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه ، فهو اذا صدر فى حدود الاختصاص النهائى لمحكمة أول درجة لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف الا بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم (المادة ٢٢١ مرافعات مصرى) . وهو لا يقبل الطعن أيضا الا اذا كان منهيا للخصومة كلها (المادة ٢١٢ مرافعات) .

وإذا صدر الحكم من محكمة ثانى درجة فانه يقبل الطعن فيه بالنقض عملا بالقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات . ويعنيها هنا أن نشير الى أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع فى شأن الأركان الثلاثة للمسؤولية ، من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، لا تعقب

(١) استئناف بنى سويف ١٩٧٠/٦/٨ - القضية رقم ٥٨ لسنة ٧ ق .

عليه محكمة النقض . أما التكليف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .

الفرع الثاني جزاء المسؤولية (التعويض)

١١٩ - طريقة التعويض : الأصل في التعويض أن يكون تعويضا نقديا . ذلك أن التعويض بمعناه الواسع أما أن يكون تعويضا عينيا وهذا هو التنفيذ العيني ، وأما أن يكون تعويضا بمقابل . والتعويض بمقابل أما أن يكون تعويضا غير نقدي أو تعويضا نقديا .

والقاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني ، ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكنا وطالب به الدائن . وتشير المادة ١٧١ مدني الى ذلك بقولها «يجوز للقاضي ، تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه» .

وإذا تعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية ، لم يبق أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض ، وليس من الضروري أن يكون التعويض نقدا . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٧١ / ٢ مدني بقولها أنه يجوز للقاضي «أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض» . والمثال على ذلك في دعاوى السب والقذف أن يأمر القاضي بنشر حكم الادانة في الصحف .

أما إذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، تعين الحكم بتعويض نقدي . والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا معيناً يعطى دفعة واحدة ، ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم ، تبعا

(١) السنهوري - الوسيط ج ١ ص ١٠٨٧ - وأنظر للمؤلف بطرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية - ١٩٨٣ - و «الاستئناف في الأحكام المدنية والتجارية» . ١٩٨٩ .

للظروف ، بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . وقد أشارت الى ذلك المادة ١٧١ / ١ مدنى بقولها «يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا» .

١٢٠ - **تقدير التعويض** : التعويض مقياسه الضرر المباشر . والضرر المباشر يشتمل على عنصرين هما الخسارة التى لحقت المضرور والكسب الذى فاتته . وإلى هذه المعانى تشير المادة ٢٢١ مدنى بقولها انه «إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد» .

ولا يمنع المضرور من المطالبة بالتعويض قضاءً أن يكون المخطئ قد قرر له تعويضا اختياريا أو معاشا استثنائيا متى كان ما تقرر اختيارا لا يكفى لجبر جميع الأضرار ، على أن يراعى القاضى عند تقديره التعويض خصم ما تقرر من تعويض اختيارى حتى يكون جبر الضرر متكافئا معه وغير زائد عليه^(١) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصده أن الوالد ملتزم بحكم القانون بالانفاق على أولاده فى سبيل رعايتهم واحسان تربيتهم ، فلا يصح اعتبار ماينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٧/١/١٩٩٠ - الطعن رقم ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ ق - غير منشور .

(٢) نقض مدنى ١٦/٥/١٩٧٩ - مودنتا الذهبية - العدد الأول - فقرة ١٢٥٣ .

أما عن الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، فالمقرر وفقاً لحكم المادة ٢١٧ منى أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة . كما يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . غير أنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه منى كان الحكم قد انتهى الى صحة الاتفاق على اعفاء الشركة من مسؤوليتها عن جريمة التهديد التى اقترافها تابعها فإنه يكون قد أخطأ فى القانون وفقاً لحكم المادة ٣١٧ / ٣ من القانون المنى^(١) ، كما قضى بعدم جواز الاعتصام بشرط الاعفاء من المسؤولية فى عقود الاذعان^(٢) .

هذا ويجب على القاضى أن يراعى فى تقدير التعويض الظروف والملابسة، وهي ما تلابس الضرور ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب الضرور بالذات . فوجب أن يقدر على أساس ذاتى لا على أساس موضوعى . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن رجوع العامل للعمل واعادته إليه واستجابة رب العمل لذلك ما قد ترى معه محكمة الموضوع أنه خير تعويض يغطى المطالبة بالتعويض الأبدى عن الفصل التعسفى^(٣) .

وإن كان يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بتعويض اجمالى عن جميع الاضرار التى حاقت بالضرور الا أن ذلك مشروط بأن تبين عناصر الضرر الذى قضت من أجله بالتعويض وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته^(٤) .

(١) نقض جنائى ١٩٥٦/٤/٢ - المجموعة الرسمية ٥٦ - المزدان ٥ ، ٦ رقم ٧٨ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٨١/٥/٢٤ - مودنتا المدنية والتجارية ١٦٣/٤/١٠ .

(٣) نقض منى ١٩٩٠/٤/٨ - الطعن رقم ٢٤٠٣ لسنة ٥٥ ق - غير منشور .

(٤) نقض منى ١٩٨٨/١/٢٨ - الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٥٣ ق - غير منشور .

والعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم . قضت بذلك محكمة النقض بقولها "أن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر ، سواء في ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم" (١) .

كما قضت أيضا بأن المدين في المسؤولية العقدية يلزم بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهو يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي أى بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التي يوجد بها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات . وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتما (٢) .

هذا وإن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) .

ومن تطبيقات محكمة النقض بشأن مسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضاعة أن الناقل يكون مسؤولا عن هلاك البضاعة أو فقدانها أثناء الرحلة بمقدار الثمن الذي ينتج من بيعها في ميناء الوصول بالسوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب ، لأن هذا الثمن هو الذي يمثل الخسارة التي لحقت صاحبها والكمب الذي فاتته ، إذا كان ثمن البيع في ميناء الوصول يزيد على ثمن شرائها (٤) .

١٢١ - الحكم للمضرور بتعويض مؤقت : أخذ الفقه والقضاء في مصر بالرأى القائل بأن المضرور إذا طلب تعويضا مؤقتا وقضى له

(١) نقض مننى ١٩٥٧/١١/١٤ - مجموعة النقض ٨ من ٧٨٣ .

(٢) نقض مننى ١٩٨٠/٥/٢٩ - الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٦ ق .

(٣) نقض مننى ١٩٧٥/٥/٢٦ - مجموعة النقض ٢٦ من ١٠٧٩ .

(٤) نقض مننى ١٩٧٥/٥/٢٦ - مثار إليه .

به يستطيع أن يطلب تعويضا تكميليا بدعوى ثانية ، فاذا طلب المدعى المدني أمام المحكمة الجنائية أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت . عن الضرر الذي أصابه مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض الكامل . وقضى له بالتعويض على هذا الأساس فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنه لم يكن قد استفد كل ما له من حق أمام المحكمة الجنائية ، إذ أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات الموضوع بل هو تكملة له^(١) .

١٢٢ - الحكم للدائن بتعويض تكميلي : تنص المادة ٢٣١ مدني على أنه يجوز للدائن أن يطلب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية . وفي ذلك قول محكمة النقض إن مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدني أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلي بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين : أولهما حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المؤلف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه ، وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعدد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر^(٢) .

(١) استئناف المنصورة ١٩٧٧/١١/٥ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٣٥/٤/١٠ .
(٢) نقض مدني ١٩٧٦/١٢/٣٠ - موسوعتنا الذهبية - ج ٨ فقرة ٦٢١ ، نقض مدني ١٩٩٠/٥/٢١ - الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

المبحث الأول المسئولية عن عمل الغير

يكون الشخص مسئولاً عن عمل الغير فى حالتين :

أولاً : حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة .

ثانياً : حالة المتبوع عن أعمال التابع .

الفرع الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عن هم فى رقيبته

١٢٣ - شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق المسئولية اذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت فى جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .

فتحقق المسئولية يستلزم اثنى شرطين :

١٢٤ - ١ - تولى شخص الرقابة على شخص آخر : لا تتحقق المسئولية الا اذا قام بالتزام بالرقابة . يستوى أن يكون مصدر الالتزام هو القانون أو الاتفاق . فالمادة ١/١٧٣ مدنى تقول « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص .. » وعلة الالتزام بالرقابة - كما يقول النص - هي حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره الى هذه الرقابة ، اما بسبب قصره ، واما بسبب حالته العقلية ، واما بسبب حالته الجسمية . والجدير بالذكر أن الحالات المذكورة فى النص لم تأت على سبيل الحصر ، ومن ثم تقوم المسئولية التى نحن بصددھا كلما قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً .

والقاصر يعتبر في حاجة الى رقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ،
أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . كما تنتقل الرقابة على
القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة ، مادام القاصر
تحت اشراف المعلم أو المشرف ، وتنتقل على الزوجة القاصر الى
زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج .

* أما اذا بلغ الولد أو الزوجة القاصر من الرشد فانهما يتحرران من
الرقابة حتى لو كان الولد لا يزال في دور التعليم ، وحتى لو بقي يعيش
في كنف ذويه . هذا ما لم تدعو الحاجة الى استمرار الرقابة بعد بلوغه
سن الرشد ، كما لو أصيب الولد بجنون أو عته أو بمرض أعجزه
وجعله في حاجة الى الرقابة نظرا لحالته الجسمية .

١٢٥ - ٢ - صنوبر عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة :
فالواجب البدء باثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقا
للقواعد العامة ، حتى تتحقق مسئولية هذا الشخص ، وعندئذ تقوم الى
جانب هذه المسئولية مسئولية متولى الرقابة .

وتقوم مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ولو لم يكن مميزا ، قضت
بذلك المادة ١/١٧٣ مدنى بقولها « ... ويترتب هذا الالتزام ولو كان
من وقع منه العمل الضار غير مميز » . فالخطأ الذى يقع من غير
المميز هو خطأ قام ركنه المادى (التعدى) دون ركنه المعنوى
(التمييز) ولهذا وصف في النص بالعمل الضار دون العمل غير
المشروع أو الخطأ .

وترتبطا على ما تقدم فان مسئولية متولى الرقابة ان كانت في الأصل
مسئولية تبعية ، تقوم بقيام مسئولية الشخص الموضوع تحت الرقابة ،
فهى ، بالنسبة لأعمال الشخص غير المميز ، مسئولية أصلية
لا تبعية^(١) .

١ - المنهوى - الوسيط ج ١ ص ١١٣٤ .

١٢٦ - أساس المسؤولية : متى تحققت مسؤولية متولى الرقابة على النحو المتقدم ، قامت مسؤوليته على أساس خطأ مفترض . الافتراض هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسؤولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسؤولية بنفى علاقة السببية بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينفى علاقة السببية ولم ينفى الخطأ تحققت مسؤوليته ، ولكن هذه المسؤولية لا تجب مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع ، وإنما هي - كما قدمنا - تقوم الى جانبها .

وقد أشارت المادة ٣/١٧٣ منى الى كيفية التخلص من هذه المسؤولية بقولها : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية ، وقد حكم تطبيقا لذلك بأنه اذا كان يبين من واقعة الدعوى أن الحادث الذى وقع كان مفاجئا أثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان وقد بلغ المتهم ثمانية عشر عاما ، فلم يكن حدوثه راجعا الى نقص الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى الحكم بمسائلة الطاعن مدنيا على أساس الخطأ المفترض وأن المتهم ما دام قاصرا فان رقابة والده يجب أن تستمر بصورة تمنعه من ايقاع الضرر بغيره والا يلتزم بتعويض هذا الضرر ، فانه يكون مخطئا فى تطبيق القانون . كما قضى بأنه متى كانت محكمة الاستئناف قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية أن الحادث بالصورة التى وقع بها ما كان ليقع لو أن الطاعن والمطعون عليه الثانى الذى عين مشرفا قاما بواجب الرقابة المفروض عليهما ، وانتهت بأسباب سائفة الى أن المفاجأة فى وقوع الحادث التى قال بها الطاعن لم تتحقق وبالتالي لم تنتف علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر الذى أصاب المطعون عليه الأول ، لما كان ذلك ، فان النعى على الحكم بهذا السبب يكون فى حقيقته جدلا فى تقدير الحلول حول قيام المدرسة بواجب الرقابة والمفاجأة فى وقوع الحادث ،

وهو ما تستقل به محكمة الموضوع ولا تجوز اثارته أمام محكمة النقض^(١) . كما قضى أيضا بأنه اذا كان مؤدى نص المادة ١٧٣/٣ من القانون المدنى أن مسئولية متولى الرقابة عن الاعمال غير المشروعة التى تقع ممن تجب عليه رقابتهم هى مسئولية مبناهما خطأ مفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس ومن ثم يستطيع متولى الرقابة أن ينفى هذا الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيظت به رقابته من الاضرار بالغير وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته ، فأن فعل انتفى الخطأ المفترض فى جانبه وارتفعت عنه المسئولية . كما يستطيع أيضا أن ينفى مسئوليته بنفى علاقة السببية باثبات أن الضرر كان لا محل واقعا ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينبغى من العناية^(٢) .

وإذا استطاع المكلف بالرقابة أن ينفى مسئوليته على الوجه المتقدم ، يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولوا عن العمل غير المشروع الذى صدر منه ، وفقا للقواعد العامة فى المسئولية .

هذا وللمسئول عن عمل الغير حق الرجوع على محدث الضرر اذا كان هذا الأخير مسئولوا عن تعويض الضرر (مادة ١٧٥ مدنى) .

الفرع الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع

١٢٧ - شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق المسئولية اذا قامت علاقة تبعية مابين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضررا .
فتحقق المسئولية يستلزم اذن شرطين :

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٣/١١ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ ص ٥٤٩ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/١٥ - موسوعتنا للذهبية ج ٩ فقرة ١٧٣ .

١٢٨ - ١ - قيام علاقة تبعية : - تقوم هذه العلاقة ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه (مادة ١٧٤/٢ مدني) . وهي ان كانت تقوم في أكثر حالاتها على عقد الخدمة الا أنها لا تقتضي حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مأجوراً على الاطلاق .

وهكذا نجد علاقة التبعية تقوم على عنصرين : عنصر السلطة الفعلية وعنصر الرقابة والتوجيه .

فمن حيث قيام علاقة التبعية على سلطة فعلية - طالبت مدتها أو قصرت^(١) ، نجد أنه ليس ضرورياً من جهة أن تكون تلك السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية . فهي تقوم ولو لم يكن للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمداً من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ، ولكنه ما دام يستعملها أو يستطيع استعمالها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية^(٢) .

أما عن عنصر الرقابة والتوجيه فيقتضي أن يكون للمتبوع السلطة في أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهها عاماً ، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بمسئولية وزارة التربية والتعليم عن غرق تلميذ بعد ثبوت أهمال ملاحظ السباحة بالمدرسة التابع لها^(٣) .

ويلاحظ أنه ليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن وجود علاقة

(١) نقض مدني ١٩٨٢/٦/١٠ - الطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ ق .

(٢) راجع : نقض جنائي ١٩٥٠/١/١٦ - مجموعة المكتب الفني ١ ص ٢٥١ .

(٣) نقض مدني ١٩٥٢/١١/١٢ - المرجع السابق ٤ ص ٨٨ .

تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب^(١) .

وتقوم علاقة التبعية على الوجه المتقدم سواء استعمل المتبوع سلطته على تابعه أو لم يستعملها طالما كان فى استطاعته استعمالها ، ومن ثم يكفى لقيام هذه العلاقة أن يقوم بتلك السلطة تابع آخر نيابة عن المتبوع ولحسابه^(٢) .

ومن تطبيقات القضاء فيما نحن بصدده أن رئيس مجلس إدارة المؤسسة التعاونية الزراعية العامة مسئول عن الخطأ الذى يرتكبه رئيس مجلس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية ، ذلك أن من أغراض تلك المؤسسة عملاً بالمادة ٢/ج من القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٦٠ والمادة ٣ من القرار الجمهورى رقم ٢١٣٧ لسنة ١٩٦٠ التوجيه والإشراف على الجمعيات التعاونية فى القطاع الزراعى ، ومن ذلك مراقبة تنفيذ القوانين واللوائح^(٣) .

وأن الجمعية التعاونية الزراعية لا تتبع وزير الإصلاح الزراعى ، فهى من أشخاص القانون الخاص ، ولا تخضع لإشرافه ، ومن ثم لا يسأل الوزير عن الخطأ الذى يرتكبه رئيس مجلس إدارتها^(٤) .

وأن ملكية السيارة لاتنفذ وحدها وبطريق اللزوم قيام علاقة التبعية الموجبة لمسئولية مالكها عما يحدث من أضرار بخطأ أى شخص يتولى قيادتها^(٥) .

وأن النص فى المادة ٣٠ من قانون التجارة البحرى (السابق المقابلة للمادة ٨٠ من القانون الجديد) على مسئولية مالك السفينة مذنيا عن أعمال

(١) نقض منى ١٩٣٦/٦/٢٢ - مجموعة عمر ١ ص ١١٥٦ .

(٢) نقض منى ١٩٨٠/٦/٢٥ - مودلتنا المدنية والتجارية ٦٤/٥/١٠ .

(٣) أسبوط الكلية ١٩٧٣/٣/٢٦ - المرجع السابق ٣٤/٥/١٠ .

(٤) الحكم السابق .

(٥) نقض منى ١٩٨٩/٥/٢٣ - الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٥٧ ق - غير منشور .

ربانها والزامه بوفاء ما التزم به فيما يختص بالسفينة وتسييرها ، وان كان لا يواجه إلا حالة المالك المجهز الا أنه إذا قام المالك بتأجير السفينة إلى الغير بمشارطة إيجار موقوتة لمدة زمنية - مع ما يترتب على هذا التأجير من انتقال الادارة التجارية للسفينة إلى المستأجر وتبعية ربانها له في هذه الإدارة - فإن مسؤولية المالك مع ذلك لا تنتفى إلا إذا كان المتعاقد مع الربان يعلم بهذا التأجير أو كان عليه أن يعلم به أو إذا كان قد منح ائتمانه إلى المستأجر شخصيا رغم جهله بصفته كمستأجر^(١) .

ولا يعتبر الوكيل تابعا للموكل فيما نحن بصدده . وأما عن مسؤولية الوكيل عن أعمال نائبه ، فقد نصت المادة ٧٠٨ من القانون المعنى على أنه « إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية . أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه ، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات » . وعن مسؤولية الشركة المساهمة عن أعمال مجلس إدارتها نصت المادة ٥٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أن « يعتبر ملزما للشركة أى عمل أو تصرف يصدر من مجلس الادارة أثناء ممارسته لأعمال الادارة على الوجه المعتاد ، ويكون للغير حسن النية أن يحتج بذلك في مواجهة الشركة ولو كان التصرف صادرا بالتجاوز . لسلطة مصدره أو لم تتبع بشأن الاجراءات المقررة قانونا . وفي جميع الأحوال لا يجوز للشركة أن تدفع مسؤوليتها عن أية أعمال أو أوجه نشاط تمارسها بالفعل بأن نظام الشركة لم يصرح لها بالقيام بمثل تلك الأعمال أو أوجه النشاط^(٢) » .

(١) نقض مننى ١٩٨٠/١١/٢٤ - مودقتا الذهبية - العدد الأول - فقرة ١٢١٠ .

(٢) والنس المشار إليه بالمتن هو استثناء من قاعدة تخصص الشخص الاعتبارى ، التى تقيد أهلية كافة الاشخاص الاعتبارية بالفرض الذى انشأه الشخص الاعتبارى - ١٢١

١٢٩ - ٢ - خطأ التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها : لا تقوم مسؤولية المتبوع الا اذا تحققت مسؤولية التابع ، فالأولى متفرعة عن الثانية . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه^(١) .

وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر - بالنسبة اليه أركان المسؤولية الثلاثة ، الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

وتشترط المادة ١/١٧٤ منى لقيام مسؤولية المتبوع أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ولا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه . كما أن مسؤولية المتبوع لا تتحقق من باب أولى اذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة . وهكذا يقتصر حكم المادة ١/١٧٤ منى على حالات الخطأ الذى يرتكبه التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، أو الخطأ الذى تكون الوظيفة هى التى سببت للتابع ارتكابه . وهناك معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، الأول أن تكون الوظيفة ضرورية لارتكاب الخطأ ، أى أن التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . والمعيار الثانى أن التابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة^(٢) .

وقد عبرت محكمة النقض عن المعيار فى القانون المصرى بقولها إن القانون إذ حدد نطاق مسؤولية المتبوع بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع ، وحالة تأدية الوظيفة أو بسببها ، لم يقصد أن تكون

- من أجل تحقيق ، والتى من مؤداها أن التصرفات القانونية التى يتناول بها الشخص الاعتبارى نشاطاً أجنبياً عن دائرة تخصصه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها لمبدأ التخصص وتجاوزها بالتالى حدود الأهلية القانونية التى للشخص الاعتبارى . (العقود المصرفية - انعقادها وشروط صحتها - للمؤلف - ١٩٨٩ - ص ٣٢) .

(١) نقض جناتى ١٩٤٦/٣/١٨ - المحاماة ٢٧ ص ٩٩ .

(٢) أنظر فى تأصيل هذين المعيارين : الوسيط للسهرى ج ١ ص ١١٥٩ وما بعدها .

المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه بل تتحقق المسؤولية أينما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته ، أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء كان الباعث الذي دفعه اليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه^(١) .

وعلى محكمة الموضوع أن تفصح في حكمها عن المصدر الذي استظهرت منه ثبوت خطأ التابع والا كان حكمها مشوباً بالقصور^(٢) .

١٣٠ - أساس المسؤولية : قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الموظف قد ارتكب الخطأ الموجب لمسئوليته حال تأدية عمله واعتماداً على سلطة وظيفته ولم يقع خطأ شخصي من جانب الحكومة عند مقارفة الموظف لهذا الخطأ الذي أقيم عليه الحكم بالتعويض المدني ، فتكون مسؤولية الحكومة بهذا الوصف هي مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي ليست مسؤولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإنما تقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها ، وبذلك تكون متضامنة من تابعها ومسئولة قبل المضرور عن أفعاله غير المشروعة وليست مسئولة معه بصفتها مدينة^(٣) .

وهكذا نرى أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست ذاتية ، بل هي مسؤولية عن الغير مقررّة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فتعتبر كفالة مصدرها القانون وليس العقد^(٤)

(١) نقض مدني ١٩٧٦/٣/٢٣ - مدونتنا المدنية والتجارية ٣٩/٥/١٠ ، نقض مدني ١٩٨٧/١١/٢٦ - الطعن رقم ٢٤٦٨ لسنة ٥٥ ق - غير منشور .

(٢) نقض مدني ١٩٧٨/١٠/٢٦ - مجموعة المكتب الفني ٢٩ ص ١٦٣١ .

(٣) نقض مدني ١٩٥٤/١٢/١٦ - المرجع السابق ٦ ص ٢٧٠ .

(٤) نقض مدني ١٩٨٢/١/١٤ - الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٤١ ق .

وهي بهذه المثابة تجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، فالترامه بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية .

هذا ولا يخل بأحكام المادة ١٧٤ مدنى ما يجرى به حكم المادة ٦٨ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمينات الاجتماعية التى لاتجيز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة المختصة بالتعويضات التى تستحق عن الأصابة طبقاً لأى قانون آخر . والأساس فى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو أن حصول المؤمن عليه على حقوقه التى كفلها له قانون التأمين الاجتماعى لا يحول دون مطالبة رب العمل بالتعويض الجابر لما حاق به من ضرر استناداً إلى المسؤولية التقصيرية ، إذ يظل الحق بهذه المطالبة قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر هو الخطأ التقصيرى متى كان جسيماً . إلا أن ذلك مشروط بأن يراعى القاضى عند تقرير التعويض خصم الحقوق التأمينية من جملة التعويض الذى يستحق لأن الغاية من التزام رب العمل بالتعويض هى جبر الضرر جبراً متكافئاً معه وغير زائد عليه ولأن كل زيادة تعتبر أثراً على حساب الغير دون سبب^(١) .

١٣١ - قيام مسؤولية التابع الى جانب مسؤولية المتبوع : فمننا أن مسؤولية التابع تقوم الى جانب مسؤولية المتبوع ، بل هى الأصل .

(١) نقض مدنى ١٣/٥/١٩٧٨ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ٩٧٣ . قارب : نقض مدنى ٩/٥/١٩٩٠ - الطعن رقم ٣٥٨٧ لسنة ٥٨ ق - غير منشور - جاء به أن مجال العمل بأحكام المادة ٦٨ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ - بفترتها - هو عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية وأنه متى كان العامل يقتضى حقه فى التعويض عن اصابة العمل من الهيئة فى مقابل الاشتراكات التى يقوم بمداها هو ورب العمل بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل للضرر بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين .

وينبنى على ذلك أن المضرور يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معا ، والاتئان متضامنان أمامه .

وإذا رجع المضرور على التابع دون المتبوع وقف الأمر عند هذا الحد . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع ، فللمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ مدنى اذ تقول «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر» . على أنه يجوز للتابع إذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ وفى هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما فى الخطأ الذى تسبب عنه الضرر^(١) .

هذا ومن المقرر أن حق المتبوع فى الرجوع على تابعه وان كان لا ينشأ الا من تاريخ الوفاء عملا بالمادة ٣٨١ من القانون المدنى الا أنه يشترط لذلك الا يكون التعويض الذى يوفى به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع . ومن ثم فإذا تبين عند الفصل فى الدعوى ان حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم وتمسك التابع بهذا التقادم ، فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشئء للمتبوع لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه ولو حكم للمضرور على المتبوع بالتعويض بسبب رفع الأول الدعوى على الثانى قبل انقضاء مدة تقادمها . وهذه النتيجة أدى إليها ما أجازه القانون للمضرور من حق فى الرجوع بالتعويض على المتبوع . وحده اذا أثر المضرور ذلك دون حاجة الى اختصاصه التابع فى الدعوى - ولا تلزم المحكمة فى هذه الحالة بتنبيه المتبوع الى حقه فى ادخال تابعه وما تقتضيه نصوص القانون من أن رفع الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/١/١٤ - الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤١ ق .
(٢) استئناف المنصورة (ملورية الزقاقى) ١٩٧٧/٤/٤ - مدونتنا المدنية والتجارية ٤٨/٥/١٠ .

المبحث الثاني المسئولية الناشئة عن الأشياء

- يسأل الشخص عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :
- الأولى : مسئولية حارس الحيوان (مادة ١٧٦ مدنى) .
- الثانية : مسئولية حارس البناء (مادة ١٧٧ مدنى) .
- الثالثة : مسئولية حارس الأشياء (مادة ١٧٨ مدنى) .

الفرع الأول مسئولية حارس الحيوان

١٣٢ - شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية وفقا لنص المادة ١٧٦ مدنى اذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضررا للغير . فتتحقق المسئولية يستلزم توافر شرطين :

١٣٣ - ١ - حراسة حيوان : حارس الحيوان هو من فى يده زمام الحيوان ، فتكون له السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته ، ويكون هو المتصرف فى أمره سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ، ما دامت سيطرة فعلية قائمة^(١) .

ويقصد بالحيوان فيما نحن بصدده أى نوع من الحيوان ، مستأنسا كان أو متوحشا ، كبيرا أو صغيرا ، خطرا أو غير خطر . ولكن يشترط أن يكون الحيوان حيا ومملوكا لأحد من الناس وإن تكون حراسته ممكنة . وقد قضى بأنه اذ وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان

(١) جاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٦ ؛ أنظر أيضا : للمسئولية عن الأشياء - محمد لبيب شنب - رسالة ١٩٥٧ ص ٧٦ وما بعدها .

جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات في حراستهم متضامنين في المسؤولية^(١).

١٣٤ - ٢ - أحداث الحيوان ضرراً للغير : يجب أن يكون الحيوان هو الذى أحدث الضرر ، أى أن يكون قد أتى فعلاً ايجابياً هو السبب فى الضرر . وأى ضرر يحدثه الحيوان يسأل عنه حارسه ولو كان المضروب يعلم أن الحيوان خطر^(٢) .

ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الضرر يقوده أو يمتطيه إنسان ، والراجع اعتبار الضرر فى هذه الحالة من فعل الإنسان فلا يفرض الخطأ بل يكلف المدعى إثباته .

١٣٥ - أساس المسؤولية : متى تحققت أركان مسؤولية حارس الحيوان ، فإنها تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس هو الخطأ فى الحراسة^(٣) ويترتب على ذلك ألا يكلف المضروب الا باثبات الشروط التى تتحقق بها مسؤولية حارس الحيوان ، فيثبت أن المدعى عليه هو حارس الحيوان وأن الضرر قد وقع بفعل الحيوان .

والخطأ الذى تقوم عليه المسؤولية هنا هو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس . فلا يقبل من الحارس أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر .

ولكن يستطيع الحارس أن ينفى المسؤولية عن نفسه بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذى وقع وذلك باثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضروب أو خطأ الغير . وهو مانصت عليه المادة ١٧٦ منى بقولها ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه^(٤) .

(١) الامكنية المختلطة ١٩١٣/١٢/١٩ - جازيت ٥ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٩٣٠/٤/٣ - م ٤٢ ص ٤٠٢ .

(٣) السنهاوى - الوسيط ج ١ ص ١٧٠٢ وملحقاً .

(٤) أنظر : نقض منى ١٩٥٢/٢/١٤ - مجموعة للمكتب الفنى ٣ ص ٥٠٤ .

الفرع الثاني مسئولية حارس البناء

١٣٦ - شرطان لتحقيق المسؤولية : تتحقق هذه المسؤولية وفقا لنص المادة ١٧٧ مدنى اذا تهدم البناء تهتما كلياً أو جزئياً وألحق تهتمه ضرراً بالغير . فعندئذ يكون حارس البناء مسئولاً عن هذا الضرر .

فتحقق المسؤولية يستلزم ان توافر شرطين :

١٣٧ - ١ - حراسة بناء : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى حراسة الحيوان . فقط توجد قرينة تقبل اثبات العكس على أن حارس البناء هو مالكة ، فالمالك هو المطالب بتعهد ملكه ومولاته بأعمال الصيانة والترميم ، وإذا هو قصر فى ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الغير نتيجة لهذا التقصير .

ويقصد بالبناء مجموعة من المواد مهما كان نوعها شيدتها يد انسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ومن ثم لايعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمسعد وكذلك الأرض ذاتها لاتعتبر عقاراً فيما نحن بصددده .

١٣٨ - ٢ - تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر : تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض ، يستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً ولكن يجب أن يحدث تهدم فعلى . أما مجرد أن يكون البناء مهددا بالسقوط أو التهدم فقد أجازت المادة ١٧٧ / ٢ مدنى لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

١٣٩ - أساس المسؤولية : تقوم مسؤولية حارس البناء على أساس الخطأ المفترض فى جانب الحارس ، هو الإهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو اصلاحه^(١) .

(١) نفس مدنى ١٠/٢ - ١٩٨٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٣٩٥ .

ويستطيع الحارس أن ينفي عن نفسه افتراض الإهمال فى الصيانة بأن يثبت أن التهم لا يرجع الى اهماله ، كما أثبت أن البناء لم يكن فى حاجة الى صيانة أو تجديد أو اصلاح ، أو لو أثبت أن التهم كان نتيجة لسبب غير الحاجة الى الصيانة أو التجديد أو الاصلاح كحريق شب فى البناء أو متفجرات دمرته ولكن ليس فى تصريح الادارة للمالك باقامة مبان جديدة ولا فى تقرير المحكمة هذا الحق له أى اعفاء من المسؤولية التى نحن بصدها^(١) .

الفرع الثالث مسئولية حارس الأشياء (المسئولية الشينية)

١٤٠ - شرطان لتحقيق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية وفقا لنص المادة ١٧٨ مدنى بتولى شخص حراسة شئى تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشئى .
فتحقق المسئولية يستلزم توافر شرطين :

١٤١ - ١ - حراسة شئى : سبق لنا تحديد مدلول الحراسة ، فحبل اليه . والشئ المقصود هنا هو كل شئ مادي غير حي (فيما عدا البناء) . ويعتبر كذلك الآلات الميكانيكية اطلاقا ، أما غيرها فلا يعتبر شيئا الا اذا اقتضت حراسته عناية خاصة^(٢) . ويمتوى فيما نحن بصده المنقول والعقار بطبيعته والعقار بالتخصيص .

(١) استئناف القاهرة ١٩٧٩/٤/٢٨ - مودنتنا المدنية والتجارية ٤٩/٥/١٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن الشئ فى حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطرا بطبيعته أو كان خطرا بمسقوطه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث ضررا . وانتهت المحكمة الى أن تدلى اسلاك التليفونات فى مياه الترعة وملامستها لاسلاك الكهرباء التى كانت فى وضعها الطبيعى مما أدى الى سريان التيار الكهربائى بها ، يندرج ضمن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة مما يقتضى استمرار متابعتها ومعاينتها فى كل حين وموافاتها - ١٢٩

وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني انما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه . ولما كان الثابت في الدعوى أن مرفق مياه القاهرة عهد الى مقاول بالقيام بأعمال الحفر في الطرق في مناطق معينة بالقاهرة لوضع أنابيب المياه ثم ردم الحفر ورفع المتخلفات الناتجة عن هذه الأعمال ، وكان من نتيجة هذا الحفر أن انكشفت الأسلاك الكهربائية وأصبحت غير عازلة للتيار الكهربائي وفي يوم الحادث سقط ابن الطاعن في إحدى الحفر فصعقه التيار ومات لماعته ، واذ كانت الحراسة على الحفر التي أجراها المقاول في الطريق وعلى الاسلاك الكهربائية التي كشفت عنها منوطة بمرفق مياه القاهرة باعتبار أنه صاحب السيطرة الفعلية عليها وعلى أنابيب المياه التي قدمها للمقاول ، وتظل هذه الحراسة للمرفق المذكور ولا تنتقل الى المقاول اذ العقد المبرم بينهما هو من عقود الأشغال العامة يمارس المرفق العام بمقتضاه سلطته في الرقابة والتوجيه والإشراف على هذه الأعمال تحقيقا للمصلحة العامة ، ويقوم فيه المقاول بالعمل لحساب المرفق ، وكانت الحفر التي أجراها المقاول والأسلاك الكهربائية التي كشفت عنها هي من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة فيكون المرفق المذكور مسؤولا عن الضرر الذي أحدثه بالطاعن مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ سالفة الذكر ولا تنتفي عنه هذه المسئولية الا اذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أن مرفق مياه القاهرة قد تخلص عن سيطرته الفعلية على أعمال الحفر في مكان الحادث الى المقاول لأنه نص في عقد المقاولة على أنه مسئول وحده عن الاصابات والأضرار التي تحدث أثناء سير العمل

= بالصيانة والإصلاح حتى لا تسقط ملامسة للملاك الكهربائية التي تجاوزها (نقض منى ١٩٩٠/١/٣١ - الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٥٧ ق - غير منشور) .

وأنة التزم باحاطة الحفر والخنادق بحواجز من الحبال وأن المرفق لا يكون مسئولاً الى أن يتم له استلام العمل نهائياً ، وربب الحكم على ذلك قضاءه بعدم مسئولية المرفق ، لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون^(١) .

كما قضى أيضا أنه بصدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن نظام الحكم المحلى أصبح منوطا بوحداث الحكم المحلى تولى أعمال انشاء وصيانة شبكات الإنارة العامة فى مختلف المدن والقرى ، فتكون هى فى مدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى حارسة على هذه الشبكات باعتبارها الجهة ذات الهيمنة والميطرة الفعلية عليها بما أسند إليها قانونا من مهام انشائها واستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل باستهلاك طاقة الكهرباء ، ولايسوغ انصراف الحراسة إلى شركة توزيع الكهرباء التى يتبين من قرار تأسيسها أن الغرض من انشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين ، فلا يعتبر قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات الانارة العامة من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقا لما استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية^(٢) .

١٤٢ - ٢ - وقوع الضرر بفعل الشيء : يجب أن يكون الضرر ناشئا عن فعل الشيء ولايكفى فى ذلك تدخل الشيء تدخل سلبيا ، ويحدث التدخل الايجابى اذا كان الشيء فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . ولا يشترط فى ذلك الاتصال المادى المباشر بين الشيء والمضرور ، وانما يكفى أن يكون الشيء قد تسبب بفعله فى أحداث الضرر .

١٤٣ - أساس المسئولية : تقوم مسئولية حارس الأشياء على خطأ

(١) نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/٣١ - مودبتنا المدنية والتجارية ٣٧/٥/١٠ ؛ نقض

مدنى ١٩٨٧/١٢/١٥ - الطعن رقم ٢٢٩٥ لسنة ٥٦ ق - غير منشور .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٥ - الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق - غير منشور .

مفترض في جانب الحارس . ومن ثم لا يكلف المضرور الا باثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء .

والخطأ المفترض هنا ، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان ، لا يقبل اثبات العكس ، ومن ثم فان مسئولية حارس الاشياء لا تدرأ عن هذا الحارس باثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطه حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته ، وانما ترتفع هذه المسئولية اذا أثبت الحارس ان وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه بأن يكون الفعل خارجا عن الشيء فلا يكون متصلا بدخليته أو تكوينه - فاذا كان الضرر راجعا الى عيب في الشيء ذاته فلا يعتبر ناشئا عن سبب أجنبي ولو كان هذا العيب خفيا ، وهذا السبب لا يكون الا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير^(١) .

وماذا لو حكم ببراءة مائق سيارة من تهمة القتل أو الإصابة الخطأ ؛ هل يجوز للشخص المضرور أو ورثته أن يرجع بالتعويض على مالك السيارة ؟

نجيب على ذلك بأن حكم البراءة من المحكمة الجنائية اذا صدر لصالح السائق تأميسا على انتفاء الخطأ في جانبه فانه يجوز للمحكمة المدنية رغم ذلك أن تحكم بالزام المالك بالتعويض طبقا لقواعد مسئولية حارس الأشياء ، اذ ان المحكمة الجنائية لم تفصل في الاساس المشترك بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، لان قوام الاولى خطأ جنائي واجب الاثبات ، ومنسوب الى قائد السيارة . في حين ان قوام الثانية خطأ مفترض في حق مالك السيارة باعتباره حارسا لها . فمسئوليته تتحقق ولو لم يقع أى خطأ لانها مسئولية ناشئة عن الشيء ذاته وليست ناشئة عن خطأ طالما أنه لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي ليس له يد فيه .

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/٢/١١ - الطعن رقم ١٧٢٢ لسنة ٤٨ ق . نقض مدنى ١٩٩٠/١/٣١ - الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٥٧ ق - غير منشور .
١٣٣

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

الفصل الاول

القاعدة العامة

١٤٤ - أركان الاثراء بلا سبب : تنص المادة ١٧٩ من القانون المدنى المصرى على أن لكل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به تعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعده . ويتضح من صياغة هذا النص أن الاثراء بلا سبب لا يتحقق الا بتوافر شروط ثلاثة نتناولها فيما يلى :

١٤٥ - أولا : اثراء المدين : ولا يكون ذلك الا بدخول قيمة ما يثرى به فى ذمته المالية . ويعتبر كذلك كل زيادة فى الجانب الايجابى فى الذمة المالية للمدين ، سواء كانت الزيادة حقيقية باضافة عنصر ايجابى جديد أو بتحسين عنصر قائم فيها ، أم كانت حكمية بتفادى النقص فى أحد العناصر الايجابية القائمة ، وكذلك كل نقص فى ناحية الذمة السلبية سواء كان ذلك بقضاء دين قائم أم بتفادى نشوء دين جديد .

والعبارة بالاثراء الصافى . فاذا كان الاثراء مصحوبا بافتقار فى ذمة المثرى نفسه ، فلا عبرة باثراء الأخير الا فيما يجاوز قيمة افتقاره . ويجب أن يكون الاثراء الصافى مؤكدا . أما اذا كان محل شك أو مختلفا فى شأنه كالمصرفات الكمالية ، فانه لا يعتبر إثراء^(١) .

(١) سليمان مرقس - الاثراء على حساب الغير ١٩٧١ ص ٦٢ .

وإذا كان الأصل في الأثراء أن يكون مباشراً أى يقع بفعل المفتقر أو بفعل المثرى دون تدخل شخص أجنبى ، إلا أن الأثراء غير المباشر يكفي فيما نحن بصده^(١) .

وإذا كان المثرى ناقص الأهلية فإن عبء الإثبات فى بيان أنه قد أثرى وفى تقدير اثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن هو عجز عن الإثبات كان ذلك موجباً فى ذاته لرفض طلبه^(٢) ، وجدير بالذكر أن الأثراء - والافتقار - هما من الوقائع المادية التى يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن^(٣) .

١٤٦ - ثانياً - افتقار الدائن : الشرط الثانى أن يقابل أثراء المدين افتقار فى جانب الدائن . والافتقار هو نقص فى أموال الدائن أو التزامه بدين أو بأى تكليف عينى أو فوات منفعة عليه تقدر بمال أو فوات مقابل خدمة أداها للغير .

ويستوى فى ذلك ، كما فى الأثراء ، أن يكون الافتقار ايجابياً أو سلبياً ، كما يستوى أن يكون الافتقار مادياً أو معنوياً ، وأنه لا عبرة الا بالافتقار الصافى .

ويجب أن يكون الافتقار هو السبب المباشر فى أثراء المدين . وتقوم هذه السببية المباشرة إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الافتقار والأثراء . وعند تعدد أسباب الأثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الأثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسؤولية التقصيرية .

(١) السهنورى - الوسيط ج ١ ص ١٧٧٣ ومابعدها .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/١٥ - مجموعة للمكتب الفنى ص ٣٠ ، ٨٠٩ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٦ - مودنتنا المدنية والتجارية ٢٩/٦/١٠ ، نقض مدنى ١٩٥٠/٥/٤ - موسوعتنا الذهبية ج ٣ فقرة ٢٩٩ جاء به أن الأثراء والافتقار من الوقائع المادية التى يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البيئة والقرائن ، واذا خالف الحكم =

١٤٧ - ثالثاً : انعدام السبب : يجب حتى تقوم دعوى الاثراء ، أن يتجرد الاثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الاثراء اذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمثري أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه .

ويكفى لعدم قيام دعوى الاثراء أن يوجد سبب لأى من الاثراء أو الافتقار ، فلا يلزم وجود سبب لكل منهما^(١) .

والمقرر فيما نحن بضده أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب المثري الاثراء فيجعل له الحق فى استبقائه^(٢) . ولهذا لا يجوز اللواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الاثراء بلا سبب ، لأن بين العاقلين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع (الهبة) يبرر افتقار أحدهما واثراء الآخر . وفى الجملة فإنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الاثراء بلا سبب ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر^(٣) . هذا وقد يكون العقد الذى هو سبب الاثراء مبرماً بين المثري والغير دون أن يكون المفقر طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للاثراء^(٤) .

والوفاء الحاصل من الغير يجيز للموفى - اذا هو ظن وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه - أن يطالب باسترداد ما وفاء على أساس قاعدة دفع غير المستحق^(٥) .

- المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من أنها تقوم على عقد مقارنة تزيد قيمته على عشرة جنيهات دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس لاجابة الطاعن - الما قول - إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لاثبات أنه هو الذى أقام المباني لصالح المطعون عليه فإنه يكون قد أعملاً فى تطبيق القانون .

(١) أنظر فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى حيث جاء بها إنه يشترط فى تطبيق القاعدة العامة فى الاثراء على حساب الغير ألا يكون للاثراء أو للافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررها (ج ٢ ص ٤٤١) .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/١٨ - مؤونتنا المدنية والتجارية ١١٥/١٠/١٠ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨١/٥/١٨ - الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٠ ق .

(٤) نقض مدنى ١٩٨١/١٢/٢ - الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق .

(٥) نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٢٢ - مؤونتنا المدنية والتجارية ١١٦/١٠/١٠ .

١٤٨ - كفاية الأركان الثلاثة : تثبت دعوى الاثراء بلا سبب بمجرد توافر الأركان الثلاثة المتقدمة ودون حاجة الى أى شرط آخر . فلا يشترط فيها توافر الأهمية ولا حتى التمييز لدى المثرى ، ولا يشترط أن يبقى الاثراء قائما الى حين رفع الدعوى كما لا يلزم أن تكون للمفتقر دعوى أخرى غير دعوى الاثراء بلا سبب ، وأخيرا لا يشترط انتفاء الخطأ فى جانب المفتقر ، ذلك أنه لا يوجد فى القواعد العامة التى يقوم عليها الاثراء بلا سبب ، ولا فى النصوص القانونية المنظمة له ما يستلزم عدم اقتران افتقار الدائن بخطأ منه ، فمضى ثبت أن شخصا افتقر فاغتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع اقتضت العدالة تعويض المفتقر سواء اقترن افتقاره باهمال منه أو لم يقترن وذلك لأننا عندما نلزم المثرى بالتعويض لاتفعل ذلك عقابا له على حسن سوء نيته ، كما أننا لانوجب التعويض للمفتقر جزاء له على حسن نيته وإنما نوجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع وهذه العلة موجودة سواء كان المفتقر مهملا أو غير مهمل^(١) .

١٤٩ - أحكام الاثراء بلا سبب : متى توافرت أركان الاثراء بلا سبب ترتب على ذلك نشوء التزام فى ذمة المثرى برد ما أثرى به . ولا يعد الاثراء حاصلا بلا سبب الا فى حدود قيمة الافتقار ، أما ما يجاوز ذلك فهو اثراء بلا سبب ولكن ليس على حساب المفتقر فلا يستحق شيئا عنه .

ويراعى فى تقدير قيمة الاثراء أن يكون التقدير وقت وقوعه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم ، كما يراعى الا فرق ما بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، لأن التزامه لا شأن له بنيته بل يقوم - كما تقدم - على مجرد الاثراء بلا سبب فى ذاته^(٢) .

(١) استئناف القاهرة ١١/٨/١٩٧٤ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٠/٦/٢٤ .

(٢) السنهوري - الوسيط ج١ ص ١٣٣٣ .

هذا ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الأثر . غير أنه قد اختلف حول الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . فقيل بتقديره باعتباره وقت حدوثه^(١) ، وقيل بتقديره باعتباره وقت الحكم فى دعوى الأثر^(٢) .

وإذا تعدد المثرون ، كان كل منهم ملزماً برد ما أثرى به دون تضامن بينهم ، كذلك إذا تعدد المفتقرون ، كان لكل منهم حق استرداد ما افتقر به فى حدود الأثر الذى حدث للمثرى دون تضامن بينهم ، وهذا لأن التضامن لا يفترض ولم يرد نص عليه فيما نحن بصدده .

وتسقط دعوى التعويض عن الأثر بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، كما تسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (مادة ١٨٠ منى) .

الفصل الثانى

دفع غير المستحق

١٥٠ - أركان دفع غير المستحق : يتبين من تبصير المواد من ١٨١ الى ١٨٣ من القانون المنهى المصرى أنه يشترط فى الالتزام بدفع غير المستحق ما يأتى :

١٥١ - ١ - أن يكون القبض على سبيل الوفاء : نصت على ذلك المادة ١/١٨١ منى بقولها بكل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده . والوفاء عمل قانونى تتجه فيه إرادة

(١) سليمان مرقس - المرجع السابق ص ١١٣ .

(٢) السنهورى - الوسيط ج ١ ص ١٣٣٧ .

الموفى الى قضاء دين ثابت في ذمته ، أيا كان مصدر هذا الدين .
ويستوى أن يكون الوفاء عينيا أو بمقابل أو بما يقوم مقام الوفاء .

ويقع على عاتق الموفى الذى يطلب الاسترداد عبء إثبات حصول الوفاء منه ، ويوجب ذلك عليه أو يقيم الدليل على أمرين : أولهما قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانونى ، والأمر الثانى قيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقا فى ذمته^(١) .

١٥٢ - ٢ - أن يقع الوفاء باطلا أو بتقرر بطلانه : لا محل لاسترداد الموفى به اذا كان الوفاء صحيحا . فالوفاء لا يجوز الا اذا وقع الوفاء باطلا أو تقرر ابطاله . ويستوى فى ذلك كافة أسباب البطلان أو الابطال .

وقد قضى تطبيقا لهذا الشرط بأنه اذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعى والذى يطلب الحكم برده انما دفع منه عن بصيرة وترو أى عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه ، فان المدعى لا يكون محقا فى استرداده^(٢) .

ومن صور الوفاء فيما نحن بصدد ذلك الذى يرد على دين قائم وقت حصوله ثم يزول هذا الدين بأثر رجعى ، كما فى الدين المقترن بشرط فاسخ بعد تحقق الشرط ، والدين الناشئ من عقد قابل للإبطال أو للفسخ بعد صدور حكم بالإبطال أو بالفسخ وقد أشارت الى ذلك المادة ١٨٢ مدنى عندما أجازت استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام ... زال سببه بعد أن تحقق .

ومن تطبيقات محكمة النقض أنه اذا كان المبلغ المطالب برده يمثل عقوبة غرامة قضى بها وأنه بعد سدادها صدر قرار رئيس الجمهورية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤٩ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٦/٢ - مدونتنا الذهبية - المجلد الثالث - فقرة ٣٢٦ .

بوقف تنفيذ هذه العقوبة فيكون المحكوم عليه حين سد هذا المبلغ تنفيذا لحكم القاضي بالغرامة قد وفى بدين كان مستحقا عند الوفاء به ، وأن القرار الجمهوري المذكور ليس من شأنه أن يزيل الحكم الجنائي الذي قضى بالغرامة بل كان من أثره أن صار للمحكوم عليه الحق في استرداد المبلغ المذكور ومن ثم فلا يصح أن يواجه بحكم المادة ١٨٧ من القانون المدني ذلك أن المبلغ المحكوم به وقت أن حصلته النيابة العامة قد حصل بحق لكن بقاؤه تحت يدها أصبح بعد صدور القرار سالف الذكر بغير سند ولذلك يصبح دينا عاديا يسقط الحق في اقتضائه بمدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٣٧٤ من القانون المدني^(١) .

١٥٣ - ٣ - ألا يكون الموفى قد قصد بالوفاء التبرع أو التنازل في الحالات التي يصح فيها ذلك : ففي هذه الحالات يكون الموفى به هبة ، وتعتبر نية التبرع سببا للهبة ، ويكون الوفاء وفاء صحيحا بالهبة ، ولا يكون ثمة محل لرد الموفى به . وفقط يشترط في ذلك توافر الشروط اللازمة لانعقاد الهبة وصحتها .

وبناء على ذلك فإن حصل الوفاء من غير مميز أو من مجنون أو مكره أو ناقص أهلية فإن السبب الذي يجعل الوفاء في هذه الحالات باطلا يمنع من اعتبار هذا الوفاء حاصلا على سبيل الهبة ، لأن كل من عديم التمييز والمجنون والمكره وناقص الأهلية تكون هبته باطلة أو قابلة للإبطال ، فيثبت له الحق في استرداد ما أوفى به^(٢) .

ومن قضاء محكمة النقض فيما نحن بصدد قوله ان النص في المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه : (١) كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده ، (٢) على أنه لا محل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه الا أن يكون ناقص

(١) نقض مدني ١٩٧٧/٤/٥ - مجموعة المكتب الفني ٢٨ من ١٩٢٨ .

(٢) سليمان مرقس - للمرجع السابق - ٢ - ١٩٦٢ من ٢٩ .

الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ، يدل على أنه لا محل للرد اذا كان الدفع عن بصيرة وتروأى عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه ، وأن الاكراه الذى عناه المشرع بهذا النص والمبطل للوفاء الذى حصل بناء عليه والمموج للرد ، هو ذات الاكراه الذى يجيز ابطال العقد والمنصوص عليه فى المادة ١١٧ من القانون المدنى ، وشرط تحققه أن يكون الاكراه قد بعث الرهبة فى نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانونا لا يمكن أن يترتب عليها ابطال ماينتج عنها ، لما كان ذلك ، وكان تنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه - وقبل الغاء هذا الحكم - هو عمل مشروع قانونا فان الوفاء تنفيذ له لا يتضمن اكراما على هذا الوفاء لأنه تم بوجه حق ، كما أن وفاء المطعون ضده الأول للطاعنة بما أقره لها طوعية واختيارا من نفقة دون صدور حكم يلزمه بها وفى تاريخ لاحق على الحكم النهائى ببطلان عقد زواجه منها وعلمه بأنه غير ملزم بما أقره ودفعه لها ، فان هذا الوفاء لا يتضمن اكراما وقام به وهو يعلم أنه غير ملزم بدفعه فلا يسوغ له استرداده^(١) .

١٥٤ - تكيف الالتزام برد ما أخذ دون حق : دفع غير المستحق هو تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الاتراء بلا سبب ، وهو يقوم - كما قمنا - على شرط بطلان الوفاء . ومتى ثبت البطلان تعين الا ينتج الوفاء - . باعتبار عملا قانونيا - أى أثر . ولكن ذلك لاينفى حصول الوفاء كواقعة مادية ترتب عليها أثراء المدفوع له وافقار الدافع ومن ثم تكون هى الواقعة التى تنشئ الالتزام برد المدفوع بغير حق^(٢) .

وفى ذلك قول المذكرة الايضاحية انه لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك مايؤدى دون حق الى المدين ودخوله فى نمته .

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/١٠ - مجموعة المكتب الفنى ٢٦ من ١٦١٨ .

(٢) السهوى - الوسيط ج ١ ص ١٣٥٥ .

ذلك أن هذا الوفاء ، وهو قابل للبطلان بحكم الحال لا يكون من شأنه نقل الملك . فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصي بل بمقتضى استحقاق الغير له^(١) .

١٥٥ - دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت إحدى حالات دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هي دعوى استرداد غير المستحق . وفيما يلي أحكامها :

١٥٦ - المدعى والمدعى عليه : المدعى في دعوى استرداد غير المستحق هو الدائن الذي يسترد ما دفع دون حق ، وهو من حصل الدفع من ماله^(٢) . والمدعى عليه هو المدين المدفوع له دون حق .

١٥٧ - الطلبات في الدعوى : تميز المادة ١٨٥ مدني بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية ، أو كان سيئ النية . وهو تمييز جوهري في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له .

فإذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، أي معتقدا أنه يتسلم ما هو مستحق له ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . فإذا كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية التزم برد مقدار النقد الذي تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد أو برد القدر الذي أخذه من الأشياء . أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها .

وإذا كان المدفوع عينا معينة بالذات التزم المدفوع له بردها عينا ، أما ثمارها فإنه يكسبها بالتبضع إلى يوم رفع الدعوى (المادة ٩٧٨ مدني) . أما إذا هلك العین أو تلفت أو ضاعت ، فتسرى في هذه الحالات القواعد العامة الواردة بالمادة ٩٨٣ مدني وخلصتها أن تقتصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩ .

(٢) نقض مدني ١٩٥٤/١٠/٢٨ - مجموعة المكتب الفني ٦ ص ٤٥ .

مسئولية المدفوع له على قدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على الهلاك أو التلف . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن الأثر القانوني المترتب على الحكم بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التي حصلت في ماله ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده أن كان قائماً ولم يهلك بحادث قهرى ، أو ثمنه الذى قبضه فعلاً في حالة ما اذا كان قد تصرف فيه بحسن نية ، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ما^(١) .

أما اذا أثبت الدافع أن المدفوع له سبب النية ، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له ، فإن المدفوع له يلتزم - اذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية - بأن يرد مقدار النقد الذى تسلمه ويعوض عن تغير سعر النقد . واذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالقدر الذى أخذ . أما الثمرات والفوائد فيلزم بها عملاً بنص المادة ٢/١٨٥ مدنى .

وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق - فى كل الحالات - برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى (مادة ٣/١٨٥ مدنى) على اعتبار أنه يعد سبب النية من هذا الوقت^(٢) .

واذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات فإن المدفوع له سبب النية يلتزم بردها للدافع مادامت قائمة ، كما يلتزم برد ثمارها التى قبضها أو التى قصر فى قبضها (مادة ٩٧٩ مدنى) . واذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سبب النية ، فإنه يلتزم برد قيمتها وقت الهلاك أو الضياع دون الاخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (أنظر المادة ٩٨٤ مدنى) .

(١) استئناف مصر ١٩٢٧/١١/٢٩ - المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ .

(٢) نض مدنى ١٩٨٦/٤/٣ - مروتنا الذهبية - العدد الثالث فقرة ٣٣٠ .

هذا وتحكم المادة ١٨٦ مدنى حالة الوفاء لناقص الأهلية فتقضى بأنه
«إذا لم يتوافر أهلية التعاقد فيمن تعلم غير المستحق فلا يكون ملتزما
إلا بالقر الذي أثنى به» . ومقتضى ذلك أن المشرع قصر التزام ناقص
الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما
أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته^(١) .

كما تحكم المادة ١٨٣ مدنى حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول
الأجل فتقضى بأنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء
قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل . على
أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل
فى حدود مال حق المدين من ضرر ، فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله
نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائنتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى
عن المدة الباقية طول الأجل» .

١٥٨ - سقوط الدعوى : تنص المادة ١٨٤ مدنى على أنه «لا محل
لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه
أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل
عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم ،
ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعريض الغير الذى قام بالوفاء» .

كما تنص المادة ١٨٧ مدنى على أنه «تسقط دعوى استرداد مادفع
بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير
المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال

(١) نض مدنى ١٥/٣/١٩٧٩ - مونتتا الذهبية - العدد الأول فقرة ١٢٨٨ .

بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق،^(١) .
والدفع بالسقوط المنوه عنه متعلق بموضوع الدعوى ولا يتصل بالنظام العام^(٢) .

(١) انظر : نقض مدن ١٩٦١/٥/٤ - مجموعة المكتب الفني ١٢ ص ٤٣٧٠ .
(٢) نقض مدني ١٩٨٣/١/٩ مدونتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ٢٣٥١ .

الفصل الثالث

الفضالة

١٥٩ - ماهية الفضالة : الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقا لما تنص عليه المادة ١٨٨ من التقنين المدني كلما تولى الشخص عن قصد القيام بعمل عاجل لحساب غيره دون أن يكون ملزما بذلك . كما تتحقق أيضا - عملا بنص المادة ١٨٩ مدني - ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنيين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر^(١) .

١٦٠ - أركان الفضالة : تتحقق الفضالة بقيام أركان ثلاثة ، نوضحها فيما يلي :

١٦١ - ١ - قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل : أوجبّت المادة ١٨٨ مدني أن يكون ما يتصدى له الفضولي بشأنًا عاجلاً ، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا ، بل لابد أن يكون ضروريا ، وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه لا يمكن اعتبار الاقرار بالتخالف من الغير عملا من أعمال الفضولي ، اذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل^(٢) .

هذا وكما يمكن أن يكون عمل الفضولي تصرفا قانونيا (مثل قبول الهبة أو بيع محصول مما يدرع اليه التلف أو الوفاء من مال الفضولي أو من مال رب العمل الموجود تحت يد الفضولي بمصاريف علاج رب العمل الضرورية في حالة غياب الأخير عن الوعي) ، يجوز أن يكون

(١) نقض مدني ١٨/٤/١٩٧٧ - مجموعة المكتب الفني ٢٨ ص ٩٧٠ .

(٢) نقض مدني ٥/٤/١٩٦٢ - المرجع السابق ١٣ ص ٤١٤ .

هذا العمل عملا ماديا (مثل قطع تقادم حق لرب العمل مهدد بالسقوط أو تجديد رهن أو اطفاء حريق) .

١٦٢ - ٢ - نية العمل لمصلحة رب العمل : لا يكفي مجرد التدخل في شأن الغير ، بل لابد أن يكون ذلك بقصد اسداء خدمة لذلك الغير ، أو لحساب ذلك الغير . والعبرة هنا بقصد الفضولي وقت تدخله^(١) .

ومن الجائز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت واحد ، نصت على ذلك المادة ١٨٩ مدني بقولها «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره . لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر» .

ولكن الفضالة لا تقوم اذا ظن الفضولي أنه يعمل لمصلحة نفسه فاذا به يعمل لمصلحة غيره . أما اذا ظن الفضولي أنه يعمل لمصلحة شخص فاذا به يعمل لمصلحة شخص آخر فان الفضالة تقوم في هذه الحالة^(٢) .

١٦٣ - ٣ - انعدام التفويض أو الالتزام أو النهي : يجب لاعتبار العمل فضالة أن يكون الفضولي قد قام به دون أن يكون ملزما بذلك . أي يجب ألا يكون الفضولي مفوضا أو مأذونا في القيام بالعمل ولو ضمنا أو مكلفا به قانونا ، أو اتفاقا أو منهيًا عنه صراحة أو ضمنا . وترتبيا على ذلك لا تقوم الفضالة الا اذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفا سلبيًا ، لا يأمر به ولا ينهي عنه^(٣) .

(١) سليمان مرقس - المرجع السابق ج ٣ ص ٥٩ .

(٢) المنهوري - الرسيط ج ١ ص ١٣٩٧ و ١٣٩٨ .

(٣) المرجع السابق ص ١٤٠٤ .

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه لا يجوز القضاء للغير الذى تولى العمل
المنهى عنه من رب العمل على أساس قواعد الفضالة وإن كان يجوز
اسناد ذلك إلى دعوى الاثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها^(١) .

١٦٤ - التزامات الفضولى : يلتزم الفضولى بما يأتى :

١ - أن يمضى فى العمل الذى بدأه الى أن يتمكن رب العمل من
مباشرة بنفسه (مادة ١٩١ مدنى) .

٢ - أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك (مادة ١٩١
مدنى) .

٣ - أن يينذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى (مادة ١٩٢
مدنى) . وتقرر هذه المادة معيار الخطأ فى الفضالة وما يترتب من
المسئولية على هذا الخطأ ، كما تبين أحكام نائب الفضولى ، وتقرر
كذلك التضامن فى المسئولية اذا تعدد الفضوليون .

٤ - أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد اليه ما استولى
عليه بسبب الفضالة (مادة ١٩٣ مدنى) .

هذا وفى حالة وفاة الفضولى يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل
طبقاً لأحكام المادة ٢/٧١٧ مدنى . أما اذا مات رب العمل فان الفضولى
يبقى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم (مادة ١٩٤
مدنى) .

١٦٥ - التزامات رب العمل : يتبين من نص المادة ١٩٥ مدنى أن
رب العمل تترتب فى نعمته التزامات أربعة هى :

١ - أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه .

(١) نض مدنى ١٩٨٠/١٢/٨ - مودنتا للنمبية - العدد الأول - فقرة ١٩٥١ .

٢ - أن يعرض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصيا .

٣ - أن يرد الى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدھا من يوم دفعھا ، وأن يدفع له المقابل عن عمله اذا كان العمل الذي قام به الفضولي يدخل في أعمال مهنته^(١) .

٤ - أن يعرض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .

هذا ولا يقوم التضامن في الالتزام بين أصحاب المال اذا تعددوا ، لأن التزامهم انما ينشأ عن اثراتهم دون سبب لا نتيجة ارتكابهم فعلا ضارا . ولأن التضامن في رد الاثراء الحاصل دون سبب لا يكون الا بناء على نص خاص ، ولأن المشرع لم ينص على التضامن بين أصحاب المال اذا تعددوا ، فتعين ألا يسأل كل منهم الا بقدر نصيبه في الفعل النافع الذي تدخل فيه الفضولي^(٢) .

١٦٥ مكررا - سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة : تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (مادة ١٩٧ مدني) . وقد قضى تطبقا لهذا النص بأن سقوط حق الفضولي في استرداد المصروفات التي صرفها يبدأ من وقت قيامه قصدا بالفعل الذي ترتب عليه منفعة رب العمل^(٣) .

(١) اقرأ هذا المعنى في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣ .

(٢) سليمان مرقس - المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٣) نقض مدني ١٢/٢/١٩٥٢ - مجموعة الربع قرن ج ٢ ص ٨٧٧ .

الباب الرابع

القانون

١٦٦ - القانون كمصدر للالتزام : القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات ، ومن ثم لا سبيل الى تحديد هذه الالتزامات القانونية الا بالنص . فالنص القانوني وحده هو الذى ينشئ هذه الالتزامات وهو مصدرها الوحيد . والنص وحده هو أيضا الذى يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانوني وبيان أحكامه .

وترتبطا على ذلك فان تقادم الالتزامات التى تنشأ من القانون مباشرة لاتخضع لحكم المادة ١٧٢ منى الخاص بدعوى التعويض عن الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع وانما تخضع لقواعد التقادم العادى المنصوص عليها فى المادة ٣٧٤ منى^(١) .

والجدير بالذكر أن الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى القانون المننى المصرى هى التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون . مثال ذلك نص المادة ١٦٢ منى التى يجرى نصها بالآتى :

١ - من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بهاء .

٢ - وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل

(١) نقض منى ١٩٧٣/١٢/١١ - مجموعة المكتب الفنى ٢٤ من ١٢٤٣ .

الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال سنة أشهر من تاريخ اعلان العدول للجمهور .

وهذا النص أنشأ التزاما قانونيا بناء على الارادة المنفردة . فالنص اذن هو الذى يعين أركان هذا الالتزام القانونى ، وهو الذى يبين أحكامه . ولهذا قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الوعد بالجائزة قد صدر فى ظل القانون المبنى القديم الذى لايعترف بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام فانه يتعين الرجوع الى القواعد العامة لأحكام العقد التى توجب تلاقى الايجاب والقبول ، ذلك لأن التقنين المبنى الملغى لم يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة^(١) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدده أن علاقة الموظف بالحكومة هى علاقة تنظيمية ، تحكمها القوانين واللوائح الصادرة بشأنها ، والتى تحدد حقوق وواجبات كل وظيفة بصرف النظر عن شغلها ، وقد بين المشرع حقوق الموظفين وحدد واجباتهم والأعمال المحرمة عليهم فى الفصل السادس من الباب الأول من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، وأوجبت المادة ٨٢ مكررا المضافة الى أحكام هذا الفصل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٧ على الموظف مراعاة الأحكام المالية المعمول بها وحرمت عليه فى الفقرة الرابعة منها مخالفة قانون ولائحة المناقصات والمزايدات المالية ، ويبين من نص المادتين ٤٥ و ٢/٣٤٩ من لائحة المخازن والمشتريات ، أن مسئولية أمناء المخازن وجميع أرباب العهد عما فى عهدتهم ، لاتنسب الى العمل غير المشروع بل تنسب الى القانون الذى أنشأها^(٢) . وأن مؤدى نصوص المواد ١٨ و ٧٨ و ٣٤ و ٧٣ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ والمادة ١٧ من

(١) نقض مدنى ١٩٦١/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى ١٢٢ ص ٢٩٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧١/٦/١٠ - المرجع السابق ٢٢ ص ٧٥٦ .

القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ التي حلت محل المادة ٧٦ من القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، أن المشرع ألزم الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بأداء المعاش الشهري المنصوص عليه في المادة ١/٣٤ الى مستحقيه بعد وفاة العامل وهي لا تلزم بأدائه كاملا الا اذا كان صاحب العمل قد اشترك عن العامل المتوفى في هذا التأمين ، فاذا لم يكن قد اشترك فيه ، فإن التزام الهيئة بالمعاش يكون على أساس الحد الأدنى للأجور بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٧٩ من القانون المذكور ، وأن المشرع قد حصر التزامات صاحب العمل في الاشتراك عن عمله لدى الهيئة وبأداء هذه الاشتراكات اليها في مواعيدها . وقد فرض المشرع هذه الالتزامات على صاحب العمل باعتبارها أقساط تأمين يدفعها الى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية مقابل التزامها بترتيب معاش لخلف العامل المتوفى . والمقرر أنه ليس للمؤمن أن يرجع على صاحب العمل بالمعاش أو بقيمته الاستبدالية . ولا يؤثر في ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩ من أن للهيئة حق الرجوع على صاحب العمل بجميع مائكلفته من نفقات وتعويض ، ذلك أن المعاش لا يعد من قبيل النفقة أو التعويض لأن الوفاء به انما هو تنفيذ لالتزام قرره القانون^(١) . وأن مسؤولية الادارة عن القرارات الادارية المخالفة للقانون لا تنسب الى العمل غير المشروع وانما تنسب الى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمالا مادية ، ومن ثم فإن معاملة الادارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط الا بالتقادم العادي^(٢) .

(١) نقض منى ١٩٦٩/١١/٢٦ - المرجع السابق ٢٠ ص ١٢٢٨ .

(٢) نقض منى ١٩٦٣/٤/١١ - المرجع السابق ١٤ ص ٥٢٠ ؛ نقض منى

١٩٦١/١/٢٨ - المرجع السابق ١٢ ص ١٨ ؛ نقض منى ١٩٦٥/٦/٣ - المرجع

السابق ١٦ ص ٦٩٠ .

القسم الثانى

فى

آثار الالتزام

١٦٧ - تحديد وتقسيم : أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه . وتنفيذ الالتزام اما أن يكون تنفيذا عينيا ، أو تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض . كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام اختياريا أو جبريا . ونعالج هذه الموضوعات فى فصول ثلاثة كما يلى :

الفصل الأول

التنفيذ العينى

١٦٨ - شروط التنفيذ العينى : تنص المادة ٢٠٣ من القانون المدنى على أن :

١ - يجبر المدين ، بعد اذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا . ٢ - على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما .

ويستخلص من هذا النص أن شروط التنفيذ العينى أربعة هى :

١٦٩ - (أولا) أن يكون ممكنا : أى ألا يكون التنفيذ مستحيلا ، فاذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين رجع الدائن بالتعويض ، أما اذا كانت راجعة الى سبب أجنبى فان الالتزام ينقضى دون تعويض (مادة ٢١٥ مدنى) .

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان اجراؤه يقتضى تدخل المدين الشخصى وبأبى هذا أن يقوم بتنفيذ التزامه^(١) . مثل عمل الرسام والممثل والفنان .

١٧٠ - (ثانيا) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين : فالتعويض ليس التزاما تخييريا أو بنليا بجانب التنفيذ العيني . فليس للالتزام الا محل واحد ، هو عين ماالتزم به المدين أى التنفيذ العيني ، ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني . ولكن يجوز باتفاق الدائن والمدين أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي^(٢) .

١٧١ - (ثالثا) ألا يكون فيه ارهاق للمدين : ويعتبر هذا الشرط تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق^(٣) . ويشترط الى جانب ارهاق المدين الذى يسببه التنفيذ العيني ، ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني الى التعويض ضرر جسيم .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهابها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة باضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرتها الشهرية المتفق عليها ، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدى إلى انتفاء الإرهاب عن المؤجرة إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمستأجر من جراء التخلف عن تنفيذه ، وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والتمن الذى سيتكلفه وما يستتبع ذلك من

(١) السهوى - الوسيط ج ٢ ص ٧٦٠ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ ، وأيضاً نقض مننى ١٩٧٩/٦/٢٠ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ١٢٩٥ .
(٣) أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ١٤٨ .

تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذى يصيب المؤجرة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق بالمستأجر من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبب^(١) .

وخلاصة الشروط المتقدمة أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلا ، أو كان ممكنا واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقا للمدين ولا يلحق العنول عنه ضررا جسيما بالدائن .

١٧٢ - (رابعاً) اعذار المدين : والاعذار واجب إذا كان المقصود أن يكون التنفيذ العيني بطريقة الإكراه . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فلا حاجة إلى الاعذار فى هاتين الحالتين . ويقصد بالاعذار وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه . والأصل فيه أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام . ومن ثم فلا يعد إعداراً إعلان المدين بصحيفة دعوى التعويض لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه الوفاء بهذا الالتزام . وتقدير إشتغال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع على أن يأخذ بالتفسير الذى يراه مقصوداً من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله^(٢) .

وغنى عن البيان أن الانتذار لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أعلن إلى المدين بناء على طلب الدائن^(٣) .

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١ - موسوعتنا الذهبية جـ ٣ فقرة ٣٣٠ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ - الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق - غير منشور .

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٤/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ٩٥٥ .

١٧٣ - موضوع التنفيذ: العيني : ينقسم الالتزام بالنسبة الى موضوعه الى أنواع ثلاثة :

١٧٤ - ١ - الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر : تنص المادة ٢٠٤ مدنى على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

ومؤدى ماتقدم أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وان القانون نفسه هو الذى يتكفل بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات دون أن يرد على اطلاقه أى تحفظ أو قيد . أما اذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام عقارا معيناً بالذات ومملوكا للمدين ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل تجب مراعاة قواعد التسجيل أو القيد حسب الأحوال . هذا مع ملاحظة أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام من مجرد العقد ، فالقيد لا ينفذ الالتزام ولا ينشئه .

وإذا كان محل الالتزام شيئا لم يعين الا بنوعه ، فقد نصت المادة ٢٠٥ مدنى على أنه اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء . فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

١٧٥ - ٢ - الالتزام بعمل : فى الالتزام بعمل ، أيا كان مضمونه ، سواء كان التزاما بنتيجة أو التزاما بعناية ، فان تنفيذ هذا الالتزام يقتضى صدور عمل ايجابى من المدين . فاذا لم يقم به فقد لا يمكن فى بعض الأحوال الحصول على التنفيذ العيني جبرا عليه ، ذلك أنه يجب التمييز بين حالتين :

(أ) حالة ما اذا لم يكن ضروريا أن يقوم المدين بالتنفيذ بنفسه ، فيجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، بل ويجوز للدائن فى حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون انتظار لترخيص القضاء (مادة ٢٠٩ مدنى) ويجوز من باب أولى الالتجاء الى القضاء المستعجل للحصول على هذا الترخيص^(١) .

(ب) حالة ما اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه . ففى هذه الحالة للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (مادة ٢٠٨ مدنى) ، ويقتصر الدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ على التنفيذ بطريق التعويض الا اذا اتبعت وسيلة الغرامة التهديدية (مادة ١/٢١٣ مدنى) .

وفى بعض الأحوال يتم تنفيذ الالتزام بعمل تنفيذيا عينيا جبرا على المدين ، بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام (مادة ٢١٠ مدنى) . من ذلك الحكم بصحة التعاقد ، فان تسجيله يقوم مقام تسجيل العقد .

١٧٦ - ٣ - الالتزام بالامتناع عن عمل : اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ازالة مافق مخالف للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين (مادة ٢١٢ مدنى) .

ويحسن هنا الاشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ العينى والتعويض النقدي عند أول اخلال يقع من المدين . والثانى جواز العدول عن التنفيذ العينى ولو كان ممكنا والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ مدنى اذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح^(٢) .

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٤/١١/٢٦ - المحاماة ٣٣ ص ٥٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥ .

١٧٧ - وسائل التنفيذ العيني : تختلف وسائل جبر المدين على التنفيذ العيني . فهناك التنفيذ القهري عن طريق الحجز ، وهناك التنفيذ بتدخل القضاء أو بحكم القانون . ونخص بالذكر من وسائل التنفيذ العيني للالتزام وسيلة التهديد المالى أو الغرامة التهديدية .

١٧٨ - الغرامة التهديدية : تنص المادة ٢١٣ مدنى على أنه إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك . واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

وتنص المادة ٢١٤ مدنى على أنه اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين .

ومن هذين النصين يتبين أنه يشترط للحكم بالغرامة التهديدية ما يأتى :

(أ) أن يكون تنفيذ الالتزام عينا لايزال ممكنا . وقد قضى تطبقا لذلك بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق^(١) .

(ب) أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه .

وقد اختلف رأى حول سلطة المحكمة فى القضاء بالغرامة التهديدية فذهب البعض الى وجوب أن يطلب الدائن من المحكمة

(١) استئناف مختلط ١٩/٢/١٩٣٠ - م ٤٢ ص ٣٠٤ .

ذلك^(١) ، فى حين أعطى البعض للمحكمة سلطة القضاء بالغرامة التهديدية بلا توقف على طلب الدائن باعتبار أن للقاضى أن يعمل على كفالة نفاذ أحكامه متبعاً الوسائل التى أجازها القانون ومنها الحكم بالغرامة التهديدية^(٢) .

هذا والمقرر أن الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً فى نمة المدين ، ولذا فلا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله ، بل ينبغى انتظار التصفية النهائية التى يتعلق عليها مصير الغرامة ، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ . وبهذا المعنى قضت محكمة استئناف القاهرة^(٣) .

(١) المنهوزى - الوسيط ٢ من ٨١٢ .

(٢) اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزم ج ٢ من ٢٨ .

(٣) استئناف القاهرة ١٩٧٤/٦/٩ - مودنتنا المنوية والتجارية ١١/٨/١٠ .

الفصل الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

١٧٩ - طرق التنفيذ بطريق التعويض : يتبين مما تقدم فى الفصل السابق أنه ليس للدائن الجمع بين التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض . إلا أنه إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه عيناً فإن تلك القاعدة لاتخل بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عما يلحقه من اضرار بسبب هذا التأخير فضلاً عن التنفيذ العينى ، إذ لا يكون عندئذ قد جمع بين تنفيذ الالتزام عيناً وتنفيذه بطريق التعويض عن فترة التأخير^(١) .

والمهم فى التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض . فنبدأ بالكلام فى التعويض القضائى ، ثم التعويض الاتفاقى ، وأخيراً التعويض القانونى .

١٨٠ - (أولاً) التعويض القضائى : البحث فى التعويض القضائى هو فى الواقع بحث للمسئولية المدنية بنوعيتها . وقيام هذه المسئولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فان توافرت هذه الأركان التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر مادى أو أدبى ، والتعويض يختلف بحسب نوعى المسئولية ، ففى المسئولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع الا فى حالات الغش والخطأ الجسيم ، على حين أنه فى المسئولية التقصيرية ينصرف الى الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .

وقد سبق لنا تفصيل موضوع التعويض القضائى فى القسم الأول من هذا البحث ، ولذا نكتفى هنا بالاحالة الى ما قدمناه فى هذا الشأن .

(١) نقض منى ١٩٨٨/١/٥ - الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ ق - غير منشور ؛
نقض منى ١٩٩٠/١/٢٣ - الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٣ ق - غير منشور .

وفقط نشير هنا الى أن التعويض لا يستحق الا بعد اذار المدين ،
ما لم ينص على غير ذلك (مادة ٢١٨ منقذ) ، ويكون اذار المدين
بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق
البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون
مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل
دون حاجة الى أى إجراء آخر (مادة ٢١٩ منقذ) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الاعذار هو وضع المدين موضع
المأخر في تنفيذ التزامه ، وقد بينت المادة ٢١٩ من القانون المدني
الاجراءات التي يتم بها الاعذار ، ومفادها أن الأصل في الاعذار أن
يكون بانذار المدين على يد مخضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن
تنفيذه . ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين
بطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ
والتعويض كليهما جزاء يترتب القانون على تخلف المدين عن الوفاء
بالتزامه . في العقود الملزمة للجانبين وليس يلزم أن ينبه المدين إليها
قبل رفع الدعوى بطلب أيهما ، وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة
رسمية يقوم المحضر باعلائها الى المدين في السند الاثبات متناعه
ويحرر البروتستو على حسب الأصول المقررة فيما يتعلق بأوراق
المحضرين كما يتطلب المادة ١٧٥ من القانون التجاري أن تشتمل ورقة
البروتستو على التنبيه الرسمي على المدين بدفع قيمة السند ، فإن
البروتستو يعتبر اذارا للمدين بالمعنى الذي يطلبه القانون في
الاعذار .

هذا ولا ضرورة لإصدار المدين في الحالات الآتية :

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بعد
المدين .

(١) نقض منقذ ١٦٦٤/١١/١٢ - موسوعتنا الذهبية ج ٧ فقرة ١٦٩١ .

(٢) نقض منقذ ١٩٦٦/٥/٤ - مجموعة المكتب الفني ١٧ من ٢٩٧ نقض منقذ

١٩٨٤/٣/٢٠ - مونتتا الذهبية - المبد الثاني - فقرة ١٠٦٨ ؛ نقض منقذ

١٩٨٨/١/١٠ - الثمن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٢ ق - غير منشور .

- (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
(ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .
(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

١٨١ - (ثانياً) التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي : قد لا يرى الطرفان ترك الأمر في تقدير التعويض للقاضي ، فيضمان العقد المنشئ للالتزام بندا يحددان فيه جزاء الإخلال به . فينتفان مقما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيكون ذلك شرطاً جزائياً عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه . وقد لا يدرج الشرط الجزائي في صلب العقد الأصلي بل يتضمنه اتفاق لاحق . وإلى هذا تشير المادة ٢٢٣ مدني بقولها «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق» .

والشرط الجزائي بالوصف المتقدم يختلف من ناحية عن الصلح ، كما يختلف من ناحية أخرى عن العربون . وشروط استحقاق الشرط الجزائي هي ذات شروط استحقاق التعويض : الخطأ والضرر وعلاقة السببية فضلاً عن الاعذار^(١) .

وإذا كان يجوز للمتعاقدين تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام على أساس كل وحدة زمنية يتأخر فيها التنفيذ بموجب شرط جزائي ينص عليه في العقد ، فإنه يتعين أعمال هذا الشرط مدة تأخر المدين في تنفيذ التزامه إلا إذا استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلي أو إذا أثبت أن التأخير في التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه^(٢) .

هذا والشرط الجزائي من حيث تكييفه القانوني يعتبر التزاماً تابها للالتزام الأصلي ، ويترتب على ذلك ألا يصبح الالتزام الأصلي التزاماً

(١) أنظر في هذه الشروط : الوسيط للمنهوري جـ ٢ ص ٨٥٥ ومابعدها .

(٢) نقض مدني ١٩٨١/١٢/٢٤ - مونتتا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ١٠٧٠ .

شرطيا ، كما لا يترتب عليه أيضا أن يصبح هذا الالتزام (الأصلي) تخييريا أو بدليا ، فهو ليس بتخييري لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطالب بأيهما شاء ، بل عليه أن يطالب بالالتزام الأصلي الا اذا استحال تنفيذه بخطأ المدين ، فيطالب بالشرط الجزائي . وهو ليس بالالتزام بدلي لأن المدين لا يملك العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي مادام ممكنا الى تنفيذ الشرط الجزائي^(١) .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أن الدائن اذا اختار عند اخلال المدين بالالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له . ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقرها القاضى وفقا للقواعد العامة^(٢) . بيد أن هذه التبعية محلها أن يكون الشرط الجزائي متعلقا بالالتزامات التي ينشئها العقد قبل عاقبيه باعتبارها جزاء الاخلال بها مع بقاء العقد قائما ، فإذا كان هذا الشرط مستقلا بذاته غير متعلق بأى من تلك الالتزامات فلا يكون ثمة تأثير على وجوده من زوال العقد مادام الأمر فيه يتضمن اتفاقا مستقلا بين العاقدين ولو أثبت بذات ورقة العقد . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه إذا تضمن عقد البيع النص على أنه إذا تخلف المشتري عن سداد أى قسط من الأقساط يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو انذار فضلا عن ضياع ما يكون دفعه وصيرورته حقا مكتسبا للبائع ، فإن هذا هو اتفاق بين الطرفين على الجزاء فى حالة حصول الفسخ ، ومن ثم تتحقق لهذا الشرط ذاتيته واستقلاله عما تضمنه العقد الذى فسخ من التزامات مما لا يعتبر معه هذا الاتفاق التزاما تابعا للالتزام أصلى فى العقد يسقط بسقوطه^(٣) .

(١) أنور سلطان - المرجع السابق ج ٢ من ١٧٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٦/٥/٦ - مدونتنا الذهبية - العدد الثانى - فترة ٥٢٢ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٧/٥/١٧ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - فترة ٥٢٦ .

وينقل الشرط الجزائي عبء الإثبات - عن الضرر - من الدائن إلى المدين طبقا للمادة ١/٢٢٤ من القانون المدني^(١) . والتي اعتبر فيها المشرع اتفاق المتعاقدين على الشرط الجزائي قرينة قانونية غير قاطعة على وقوع الضرر .

ولا يكون الشرط الجزائي مباحثا - عملا بنص المادة ١/٢٢٤ مدنى - إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر^(٢) . كما يجوز للقاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه . ويقع باطلا كل اتفاق يخالف هذه الأحكام .

أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطئاً جسيماً (مادة ٢٢٥ مدنى) . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كل عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملاحظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسيهما هو تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية وجب الرجوع إلى القاعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته^(٣) .

١٨٢ - (ثالثاً) التعويض القانونى - الفوائد : إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتلحق المدين فى الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وبمغضبة فى

(١) استئناف المنصورة - لمهورية الزقازيق ١٩٧٧/٤/٤ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٣٩/٩/١٠ ، وأيضاً : نقض مدنى ١٩٨٠/٢/١٣ - مدونتنا المدنية - العدد الأول -قرة ٥٥٦ جاء به أن مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدنى أنه متى وجد شرط جزائى فى العقد فإن تحققه يخلل للضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن إثباته وإنما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع أو أن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة .
(٢) نقض مدنى ١٩٨٨/١/٢٠ - الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق = غير منشور .
(٣) استئناف مصر ١٩٢٩/١/٣٠ - المحلما ١٠ ص ٦٥ .

المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره . نصت على ذلك المادة ٢٢٦ من القانون المبنى .

وهكذا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير :

(أ) أن يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب بمعنى ألا يكون المبلغ المطالب به خاضعاً فى تحديده لمطلق تقدير القضاء ، فإذا كان تحديد هذا المبلغ مبنيّاً إلى أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة فى التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين فى مقداره إذ ليس من شأن هذه المنازعة إطلاق يد القضاء فى التقدير بل تظل سلطته التقديرية محددة النطاق ومقصورة على حسم النزاع فى حدود الأسس المتفق عليها^(١) .

ومن قضاء النقض فيما نحن بصدده أيضاً أن طلب التعويض عن نزع الملكية لا يعتبر معلوم المقدار فى حكم المادة ٢٦٦ من القانون المبنى^(٢) . وأن الجزاء المالى المنصوص عنه فى المادة ٩٥ من قانون التأمينات الاجتماعية لا يعد فائدة قانونية مما نصت عليه المادة ٢٢٦ من القانون المبنى لأخلاف كل منهما عن الآخر مصدراً وسبباً^(٣) . وأن طلب التعويض عن الإخلال بالالتزامات العقدية هو مما يخضع فى تقديره للسلطة التفسيرية للقضاء^(٤) . وأن الرسوم الجمركية عبارة عن مبلغ معلوم المقدار محدد نسبته وأسس تقديره بمقتضى التعريف الجمركية لتنفيذ المادة السادسة من قانون الجمارك رقم ٦٦

(١) نقض مبنى ١٩٨٢/٢/٨ - مودنتا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ٢٠٠٥ : نقض

مبنى ١٩٨٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - العدد الثالث ج ١ فقرة ٣٢٧ .

(٢) نقض مبنى ١٩٨١/٤/٣ - المرجع السابق - فقرة ٢٣٦٩ .

(٣) نقض مبنى ١٩٨٣/٤/١١ - المرجع السابق - فقرة ٩٤٦ .

(٤) نقض مبنى ١٩٨٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - فقرة ٢٠٠٦ .

لسنة ١٩٦٣ بما لم يعد معه للقضاء سلطة في التقدير وليس في شأن المنازعة في استحقاق مصلحة الجمارك لهذه الرسوم دون مقدارها ما يصح معه القول بأنها غير معلومة وقت الطلب^(١) .

وجدير بالإشارة أن العميد السنهوري يشكك في أهمية شرط معلومية المقدار وقت الطلب، ويرى أنه أما قيد صوري وأما قيد غير ضروري . ويرتب على ذلك أن تتسع منطقة استحقاق الفوائد لكل التزام بدفع مبلغ من النقود^(٢) .

(ب) المطالبة القضائية : فلا يكفي الاعذار لاستحقاق فوائد التأخير ، بل يجب أن يطلب بها الدائن قضائيا . كما لا يكفي لاستحقاقها أن يطلب الدائن بأصل الدين . وتفريعا على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخير إذا كانت صحيفة دعوى المطالبة بها باطلة ، حيث تفقد صفة المطالبة القضائية ، وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم .

على أن القاعدة المتقدمة لا تتعلق بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على عكسها ، كما قد جرى العرف أو يقضى القانون بخلافها .

(ج) افتراض الضرر : لم يشترط القانون - خروجا على القاعدة العامة في المسؤولية - لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن ضررا أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الميعاد المتفق عليه ، بل افترض وجود هذا الضرر بمجرد عدم الوفاء بالدين في الميعاد ، وجعل هذا الافتراض غير قابل لاثبات العكس .

وافترض وقوع الضرر بمجرد التأخير في الوفاء لا ينفي وجوب توافر ركن الخطأ في جانب المدين حتى تتحقق مسؤوليته . وإذا كان

(١) نقض مدني ١٢/٢٢ - ١٩٨٠ - المرجع السابق - العدد الأول - فقرة ٩٥٢ .

(٢) السنهوري - الوسيط ج ٢ ص ٨٨٨ وما بعدها .

تأخر المدين في الوفاء بدينه في الأجل المحدد له يعتبر خطأ في حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن مسؤوليته تنتفي . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن فرض الحراسة الإدارية على أموال شخص يوجب بمجرد صدور الأمر به غل يد ذلك الشخص عن إدارة أمواله وأخصها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه ، وإن لازم ذلك أن يترتب على فرض هذه الحراسة وقف سريان الفوائد التأخيرية قانونية كانت أو اتفاقية على الديون التي حل أجل الوفاء بها بعد صدور قرار فرض الحراسة ، وحتى تاريخ الافراج عن أموال المدين^(١) .

١٨٣ - سعر الفائدة التأخيرية : تمتاز الفوائد التأخيرية بأنها تقدر تقديراً اجمالياً ، فلا يعتد فيها بالخسارة الواقعة أو الكسب الفائت . وتعليل ذلك هو الرغبة في تبسيط الأمر^(٢) .

والتقدير القانوني للفائدة التأخيرية هو ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية . أما الفوائد الاتفاقية - استثمارية كانت أم تأخيرية - فيترك تحديدها لإرادة الطرفين بشرط ألا يزيد سعرها عن ٧٪ والا وجب تخفيضها إلى هذا القدر ورد ما يدفع زائداً عليه (نصت على ذلك المادة ٢٢٧/١ مدني) .

ورغبة في محاربة المشرع للربا الفاحش نصت المادة ٢٢٧/٢ مدني على أن كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المقرر قانوناً ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولامنفعة مشروعة^(٣) .

(١) نقض مدني ١٩٨٥/٤/٢٩ - الطعن رقم ٩١٧ لسنة ٥٠ ق .

(٢) عبد الحى حجازي - النظرية العامة للالتزام ج ٣ ص ١٧٣ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن مفاد نص للفترة الثانية من المادة ٢٢٧ مدني أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضى العمولة والفائدة المتفق عليها ولو زاد =

كما نصبت المادة ٢٣٢ منى على أنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن العادات التجارية فى القروض طويلة الأجل تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال^(١) . كما قضى بأن رأس المال المقصود فيما نحن بصدد هو رأس المال كله وليس ما يتبقى منه^(٢) .

أما الزبح المركب فقد حرّمته المادة ٢٣٢ منى بقولها : لا يجوز تقاضى فوائد على متجمّد الفوائد ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما هو الأمر بالنسبة الى الحساب الجارى . ولكن صيغة الحساب الجارى تزول عنه بإقاله ، ويصبح الرصيد ديناً عابداً مما لا يجوز منه تقاضى فوائد مركبة ، إلا اذا ثبت وجود قاعدة أو عادة تقضى بذلك^(٣) .

١٨٤ - فوائد البنوك : نصت المادة السابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والنظام المصرفى على أن مجلس إدارة البنك المركزى هو السلطة المختصة بتنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية .. وإصدار القرارات بالنظم التى يراها كفيلة بتحقيق الغايات والأغراض التى يقوم على تنفيذها . والمجلس فى سبيل ذلك إتخاذ العديد من الوسائل ومنها تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر .

- مجموعها على الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشترطة لاتخاذها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أدّاها (نقض منى ١٩٧٦/٦/١٤ - موسوعة الذهبية - ج ٩ فقرة ٢٢٧) .

- (١) مصر الكلية ١٩٥٥/٤/٢٥ - القضية رقم ٥٨١٦ لسنة ١٩٥٣ .
- (٢) نقض منى ١٩٨١/٦/٢٦ - مرقنتنا المدنية والتجارية ١٥٧/٩/١٠ .
- (٣) نقض منى ١٩٧٣/٥/٢٣ - مجموعة المكتب الفنى ٢٣ ص- ٩٨١ - نقض منى ١٩٧٦/٣/٢٩ - مرقنتنا المدنية والتجارية ١٣٢/٩/١٠ .

وفي ١٢/٢٠/١٩٩٠ أصدر مجلس إدارة البنك المركزي المصري قراراً بتحرير أسعار الفائدة على عمليات البنوك وأصبح من حق البنوك تحديد تلك الأسعار بمراعاة ضوابط وقيود نص عليها في القرار .

ومكذا باتت القروض التي تعدها البنوك خاضعة في أحكامها وأسعار الفائدة عليها لقرارات البنك المركزي المصري وأخصها قراره الصادر في ١٢/٢٠/١٩٩٠ المشار إليه الذي اعطى للبنوك سلطة مطلقة في تحديد سعر الفائدة وفقاً لتفاعلات قوى العرض والطلب في سوق الائتمان دون التقيد بأية حدود اللهم ما يكون قد تضمنه قرار البنك المركزي المصري سالف الذكر^(١).

١٨٩ - **المواد التي تغطي حدود الفائدة :** تجيز المادة ٢٣١ مني للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلي الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية . أي أنه قد تخلف

(١) وليس صحيحاً أن قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري في ١٢/٢٠/١٩٩٠ يقتضي العودة إلى التزام البنوك بأحكام الفائدة في القانون المدني على سند من القول بأن البنك المركزي إذ أصدر قراره هذا يكون قد تخلى عن استعمال السلطة المخولة له بنص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ والتي بمقتضاها خول - دون غيره - سلطة تحديد أسعار الفائدة . وفي بعضنا لهذه الوجهة من النظر نقول إن التفسير المنطقي للنصوص الذي يتمر في المصير على الغاية من التشريع والذي يتجاوز معاني اللفاظ والحروف توخياً لتحقيق الغاية المستهدفة بالحماية التشريعية ، هذا التفسير من شأنه الانتفاء في التعرف على ماهية والتحديد الوارد بالمادة السابعة من القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ عند معناه الضيق الذي قد يعنى التحديد الكامل والعقد الذي يخلو من عناصر التقدير ، والصحيح الذي يتفق والإرادة التشريعية فيما نحن بصدد هو أن نتجاوز هذا المدلول الضيق إلى إجازة مختلف صور التحديد طالما كانت هذه محقة للمصلحة المستهدفة وهي تمكين البنك المركزي من تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية وإصدار القرارات بالنظم التي يراها مناسبة لتحقيق الغايات والأغراض التي يقوم عليها . ومن تلك أن يكون انتهاء سياسة تحرير أسعار الفائدة وأن يكتفى بوضع حدود دنيا لهذه الأسعار وهو ما انتهى إليه قراره في ١٢/٢٠/١٩٩٠ كون عودة إلى الالتزام بأحكام القانون القديم هي كما كان يصحده .

عن الوفاء بالتزامه عمدا وهو عالم بالضرر الزائد الذي يصيب الدائن من جراء ذلك . وعيب الاثبات هنا يقع على الدائن^(١) .

وبالمقابلة لجواز زيادة مقدار الفائدة ، تقتضى المادة ٢٢٩ مدنى بأنه اذا تسبب الدائن بمسوء نية وهو يطالب بحقه فى اطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لايقضى بها^١ اطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى اطالة الدائن امد النزاع بلا مبرر ، كما يقتضى سوء نية الدائن . فلا يكفى اذن مجرد الخطأ العادى بل يجب أن يكون الدائن قد تعدد اطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين^(٢) . ويقع على المدين عبء اثبات الأمرين .

هذا ولايستلزم اعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٢٩ مدنى أن ترفع خصومة الى القضاء يكون الدائن مدعيا فيها ، بل يكفى أن يلجأ الدائن فى المطالبة بحقه الى اجراءات لا طائل من بطئها^(٣) .

(١) نقض مدنى ١٩٦١/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى ١٢ ص ٥٦١ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٩/٧/٣ - المرجع السابق ٢٠ ص ١٧٠٢ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٣/٣/٨ - المرجع السابق ٢٤ ص ١٦١ .

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

١٨٦ - تقسيم - من المقرر أن الضمان العام للدائن على أموال مدينه لا يقل يد المدين عن التصرف فى أمواله وإدارتها . وإذا كان هذا الضمان العام يخول الدائن - بشروط معينة - أن يوقع الحجز على أموال مدينه ثم بيعها جبرا ليستوفى حقه من ثمنها ، الا أن ذلك لم يكن ليكفى وحده لحماية الدائن من تصرفات المدين التى قد يقصد بها اضعاف الضمان العام للدائن فى الفترة السابقة على التنفيذ الجبرى . ولهذا قرر المشرع للدائن وسائل معينة تؤكد فاعلية الضمان العام وتقويه .

وقد عدد القانون المبنى من هذه الوسائل خمس نتناولها على التوالى فى خمسة مباحث .

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

١٨٧ - ماهيتها وشروطها : هى نظام قانونى يخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين ان لم يستعملها المدين نفسه . فهى تستهدف المحافظة على الضمان العام من نتائج اهمال المدين فى استعمال ماله من حقوق . وقد نظمته المادة ٢٣٥ مدنى بقولها : « ١ - لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار ، ولا يشترط اذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى .

وظاهر من هذا النص أنه يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ثلاثة أنواع من الشروط ، نتناولها على التوالى فيما يلى :

١٨٨ - أولاً - الشروط المتصلة بحق الدائن : يشترط فى حق الدائن أن يكون موجوداً أى محققاً ، فلا يجوز لمن كان حقه احتمالياً أو متنازعا فيه أن يباشر الدعوى غير المباشرة . غير أنه لا يشترط فى حق الدائن أن يكون معلوم المقدار أو مستحق الأداء .

ولكل دائن توافر فى حقه شرط الوجود أن يستعمل الدعوى غير المباشرة^(١) ، سواء كان دائناً عادياً أم دائناً ممتازاً ، وأياً كان تاريخ نشوء حقه .

كما أنه لا يشترط فى الدائن أن يحصل على إذن من القضاء بحلوله محل مدينه لأن نيابته فى هذا الشأن يستلزمها من القانون .

١٨٩ - ثانياً - الشروط المتصلة بالمدين : يشترط فى المدين أن يقصر فى استعمال حقه بنفسه ، يستوى فى ذلك مجرد الإهمال أو مجرد الرغبة فى النكاية بدائنيه . ويقع على الدائن عبء اثبات تقصير المدين ، وللمدين بطبيعة الحال أن ينفى تقصيره بأن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمامه لاستعمال حقه بنفسه ، فإذا انجح لم يكن للدائن أن يرفع الدعوى .

وإذا نصت المادة ٢/٢٣٥ مبنى على وجوب ادخال المدين خصماً فى الدعوى غير المباشرة ، فقد استتبع ذلك عدم ضرورة إعداره .

(١) وقد أوجب المشرع على الدائن الذى يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين ويتخلل فى عموم أمواله ضماناً لحقوق دائنيه ويقاسمه قسمة عرماً . فلا يجوز للمدين أن يباشر دعواه بوضعه دائناً وإنما ركنها اشتراط أن يباشر دعواه باسم المدين المحكوم عليه ، لا لمصلحة مدينه فانها تكون دعوى مباشرة تعلقها باسمه وليس لها طابع (معمل) سوى ١٩٧٥/٤/٢٨ - مؤسوسات الذهبية - ج ٣ - ق ٢٣٣٠ / ١ وفى نفس المعنى : انظر معمل ١٩٨٨/٣/٢٤ - الملحق رقم ١٩٣٠ لسنة ٥١ ق - غير منشور) .

١/٧٢

هذا ويتعين أيضا لمباشرة الدائن حق المدين ، أن يكون في احجام المدين عن استعمال هذا الحق اضرار بالدائن ، بأن كان ذلك يؤدي الى اعسار المدين أو الى الزيادة في اعساره . والمقصود هنا الاعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة الالتزامات على الحقوق ^(١) . وعبء اثبات اعسار المدين يقع على عاتق الدائن ^(٢) ..

١٩٠ - ثالثا - الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن :

القاعدة المستفادة من المادة ١/٢٣٥ مدني هي أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله لا فرق في ذلك بين الحق الشخصي - أيما كان محله - والحق العيني . وإذا كان الغالب أن يأخذ الحق صورة الدعوى الا أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد اجراءات سواء كانت قانونية أو اجراءات مادية .

ولكن يستثنى من هذه القاعدة العامة ما يأتي :

(أ) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين ، لأن استعمال الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام بل زيادة هذا الضمان بانخال حقوق جديدة في ذمة المدين ، وهو أمر يتعلق بشخصه وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه ..

(ب) أن يكون الحق متصلا بشخص المدين خاصة ، وهذه تشمل كافة الحقوق غير المالية ، وكذا الحقوق المالية التي يتوقف استعمالها على النظر في اعتبارات أدبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده . على أن اتصال الحق المالي بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام فيجوز للمدين أن ينزل عن الخطر المقرر لمصلحته وأن ينزل الدائن مباشرة دعوى متصلة بشخصه ^(٣) ..

(١) أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٢٠ .

(٢) اسماعيل عاتم - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ١٩٤ .

(٣) أنور سلطان - المرجع السابق ص ١٩٥ - ٢٠٠ .

وقد قضى بأن الحق فى الإجارة ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة ، وهو حق مالى يجوز التصرف فيه والحجز عليه ، ومن ثم يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه^(١) .

(ج) أن يكون الحق غير قابل للحجز ، فهذه الحقوق لخروجها من الضمان العام لايجوز للدائن استعمالها اذ لايسطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى .

١٩١ - آثار الدعوى غير المباشرة : تنص المادة ٢٣٦ منى على أن «يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه» . وهكذا فإن الفكرة الأساسية فى آثار الدعوى غير المباشرة هى نيابة الدائن عن المدين ، ويتفرع على ذلك :

(أ) لا يترتب على الدعوى غير المباشرة حرمان المدين من حريته فى التصرف فى الحق الذى يباشره الدائن عنه . ولكن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين المدين والمتصرف اليه للاضرار بحقوق الدائن ، حيث يحق للدائن عندئذ أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية^(٢) .

(ب) يستطيع الخصم أن يدفع فى مواجهة الدائن بكافة الدفعات التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المدين .

(ج) ما تسفر الدعوى غير المباشرة عن تحصيله يدخل فى ذمة المدين وينقاسمه مع الدائن المباشر للدعوى باقى الدائنين ، وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء مع مراعاة مرتبة الدائنين .

(١) نقض منى ١٩٧٢/٥/١٠ - موسوعتنا الذهبية ج ٣ فقرة ١١٨٢ .

(٢) نقض منى ١٩٥٠/٢/٢ - مجموعة المكتب الفنى ١ ص ٢٢٠ .

المبحث الثانى الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرف المدين)

١٩٢ - ماهيتها وشروطها : الدعوى البوليصية هي تلك التي يرفعها الدائن ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين اذا عمد هذا الى التصرف في ماله اضرارا بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه .

ويتبين من النصوص المنظمة لهذه الدعوى أنه يشترط لقبولها عدة شروط نتناولها تباعا فيما يلى :

١٩٣ - أولا - الشروط المتصلة بالدائن : يشترط فى الدائن ، لرفع الدعوى البوليصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء - ومن باب أولى أن يكون خاليا من النزاع - ولا يشترط فى حق الدائن أن يكون معلوم المقدار أو أن يكون ثابتا فى سند قابل للتنفيذ^(١) .

١٩٤ - ثانيا - الشروط المتصلة بالتصرف المطعون فيه : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون العمل تصرفا قانونيا . فاذا كان عملا ماديا لم يتصور الطعن فيه . ويستوى فى التصرف القانونى أن يكون صادرا من جانب واحد أو أن يكون صادرا من جانبين ، كما يستوى أن يكون تبرعا أو معاوضة .

ويشترط أيضا فى التصرف الذى يطعن عليه أن يكون مقفرا للمدين ، بمعنى أن يكون تصرفا ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته . ولا يعتبر كذلك مجرد امتناع المدين من زيادة حقوقه أو من انقاص التزاماته ، كما اذا رفض قبول هبة . فمثل هذا العمل وإن أضر

(١) السنهورى - الوسيط ج ٢ ص ١٠٠٥ و ١٠٠٦ .

بالدائن ، ليس بعمل مفقر وليس للدائن أن يشكو منه ، فهو لم يجرد
المدين من حق كان داخلا في ضمان الدائن ولم يتقل كاهله بدين جديد
يضعف من هذا الضمان .

ويجب أخيرا أن يكون التصرف الصادر من المدين ناليا في الوجود
لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف . واشتراط هذا الشرط ليس
في الواقع إلا عنصرا من عناصر الغش في جانب المدين ، فإذا أمكن
توافر الغش دون هذا التأخير ، فالتأخير لا يشترط (١) .

والعبارة في هذا الشرط الأخير بتأريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ
استحقاقه ، كما أن العبارة بالنسبة للتصرف هي بتاريخ صدوره لا
بتاريخ شهره (٢) .

١٩٥ - ثالثا - الشروط المتصلة بالمدين : يشترط في الدعوى
البوليصة أن يكون المدين معسرا ليست عنده أموال تكفي لوفاء حق
الدائن ويستوي في ذلك أن يترتب على التصرف (المطعون فيه)
اعسار المدين أو الزيادة في هذا العسار .

وإذا ادعى الدائن انحصار المدين قليلا أو أن اثباته مستحيل
ففي هذه من دوين (٣) . وعلي المدين نفسه أن يثبت بعد ذلك أن له مالا
يساوي قيمة الدين أو يزيد عليها (مادة ٢٣٩ مدين) . والعبارة في ذلك
بحال المدين وقت رفع الدعوى . فلو أن تصرف المدين بسبب اعساره
أو زاده في هذا العسار ، ثم انقلب بعد ذلك ميسرا كزيادة طرأت في
ماله ، فلا يجوز للطعن في تصرفه لانعدام المصلحة .

١٩٦ - فقرة ١ من المشرع : لا يضمن المدين المصروفات الشخصية الصغيرة
مجموعة من الأعمال الصغيرة .
٢ - فقرة ٢ من المشرع : لا يضمن المدين المصروفات الشخصية الصغيرة
مجموعة من الأعمال الصغيرة .
٣ - فقرة ٣ من المشرع : لا يضمن المدين المصروفات الشخصية الصغيرة
مجموعة من الأعمال الصغيرة .

به أن عبء إثبات اعسار المدين عند الطعن بالدعوى البوليصة يقع على عاتق الدائن .

ويشترط أيضاً بالإضافة التي تشترط للاجتنار أن يكون تصرف المدين منطوياً على غش منه وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش^(١). وقد قضى بأن القتل الواقع من المدين وحده لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن^(٢). وكفي لاعتبار التصرف هكذا أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر المتصرف إليه عالماً بالغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر (مادة ١/٢٣٨ مدني) .

هذا إذا كان تصرف المدين بغرض ، أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو اقتضت أن المدين لم يرتكب غشاً (مادة ٢/٢٣٨ مدني) .

وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بغير إذن إلى خلف آخر ، فلا يصح للطالب أن يطعن بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثالث يعلم غش المدين ، وتغلب الخلف الأول بهذا الغش ، أن كان المدين قد تصرف بغير إذن ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم أضرار الدائن فوكل تصرفه للخلف الأول لأن المدين قد تصرف لغرض علم (مادة ٢/٢٣٨ مدني) . أما إذا كان التصريف الصالحاً من الخلف تبرعاً فلا يعتد به في حق الدائن (الخلف الثاني)^(٣) .

١٩٦ - آثار الدعوى البوليصية : إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية ، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ، ولم يعتمد المتصرف له أي استعمال الرخصة التي تحولها له القانون في المادة ٢٤١ مدني بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة ، حكمت المحكمة بعدم نفاذ التصرف .

(١) المرجع السابق من ١٠٢٤ وما بعدها .
(٢) نقض مدني ١٩٧٠/٤ - مجموعة المكتب الفني ٢٢ من ٥٦٥ .
(٣) دسليمي جف ١٩٧١ - النظرية العامة للأضرار ج ٢ من ١٧٨ .

ولا يقتصر الحكم في الدعوى على الدائن الذى رفعها ، فالمادة ٢٤٠ مدنى تقرر أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم . ومقتضى ذلك أيضاً أن يمتنع على هؤلاء الدائنين الاستفادة من ذلك التصرف .

هذا ولا يترتب على النجاح فى الدعوى البوليصية ابطال التصرف المطعون فيه . فالغرض منها هو حماية الدائنين ، ويجب أن يقتصر أثرها على مجرد تحقيق هذا الغرض فلا ينفذ التصرف فى حق الدائنين مع بقاءه صحيحاً فيما بين المتعاقبين^(١) . ويكون للمتصرف اليه منى استوفى دائن المتصرف حقه من ماله ، أن يرجع على المدين المتصرف بدعوى الاثراء بلا سبب^(٢) ، أو بضمان الاستحقاق اذا كان التصرف مما ينشأ عنه مثل هذا الضمان .

١٩٧ - تقادم الدعوى البوليصية : تنضى المادة ٢٤٣ من القانون المدنى بأن تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشر سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه . ومقتضى ذلك أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين المشار اليهما . وقد قضى بأن العلم المقصود فيما نحن بصدده هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وباعسار المدين والغش الواقع منه ، وأن استظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى الذى تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائفاً^(٣) .

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٦/١٣ - مجموعة المكتب للنفى ٢٣ ص ١١٠٥ .

(٢) انور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٥٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٧/١/١١ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ١٧٥٢ ؛ نقض مدنى

١٩٦٨/٢/٢٩ - المرجع السابق فقرة ١٧٤١ .

ويراعى أن لدائني المتصرف اليه أن يتمسكوا بهذا التقادم قبل الدائن ، لأن لهؤلاء مصلحة في ذلك حتى لا ينفذ الدائن على العين التي انتقلت اليهم فأصبحت في ضمانهم العام^(١) .

ولا يجوز التحدى بسقوط الدعوى البوليصية بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) .

المبحث الثالث

دعوى الصورية

١٩٨ - التعريف بالصورية : يمكن تعريف الصورية بأنها وضع ظاهرى يخفى حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين . وهى على هذا النحو تفترض تصرف ظاهر واتفاق مستتر ، ويكون من شأن الأخير محو كل أثر للأول أو تعديل بعض أحكامه . كما أنها تفترض أيضا أن تتوافر معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر . وفى ذلك قول محكمة النقض انه يكفى فى اعتبار الاقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما^(٣) .

١٩٩ - أحكام الصورية : تنص المادة ٢٤٥ مدنى على أنه وإذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى، ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له فلا يعمل به .

هذا عن الصورية المطلقة التى يترتب على ثبوتها بطلان العقد

(١) قارب : المكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٢٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى ١٩ ص ٦٤١ .

(٣) نقض مدنى ١٩٤٩/١٢/١٥ - مجموعة المكتب الفنى ١ ص ١٠٢ ؛ نقض مدنى ١٩٧٤/٤/٩ - مؤلفتنا المدنية والتجارية ١٠/١٠/٧٧ .

الصوري . وفي ذلك يختلف حكم الصورية المطلقة مع حكم الصورية النسبية - كما في صورية تاريخ العقد مثلا - حيث لا يطلبن وإنما تكون العبرة بالتاريخ الحقيقي^(١) ..

أما بالنسبة الى الغير ، وهم دائنوا المتعاقدين والخليف الخاص^(٢) ، فلهم - متى كانوا حسنى النية - أن يتمسكوا بالعقد الصوري . كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرب بهم (مادة ١/٢٤٤ منقذ) .

ولا يشترط لقبول الدفع بالصورية أن يكون عقد الطاعن بها سابقا في تاريخه على التصرف المطعون بصوريته ، بل ليس هناك ما يحول قانونا من أن يكون حق الطاعن بالصورية تاليا لهذا التصرف ، فالطاعن بالصورية ينطوي في ذاته ومزماء على أن العقد المطعون فيه لو صح وأصبح نافذا لأضرب بالتمسك بصوريته بما يجيز لمن كان حقه تاليا لهذا التصرف أن يطعن بصوريته^(٣) .

(١) نقض منقذ ١٩٨٠/٦/١٠ - مدونتنا المدنية والتجارية ١١٢/١٠/١٠ .

(٢) فصلت محكمة النقض بأن الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني هو من يكسب حقه بسبب إغيار التصرف الصوري - فيجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع كمشتري ثان - أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع التوافيق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالمسجل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدي . فالمشتري بطلته دائما للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أيا كان الباعث عليها ، وهذا المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة الى التصرف الصوري الصادر من البائع إلى مشتري آخر وله وفقا لإصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذي أضرب به بطرق الاثبات كافة (نقض منقذ ١٩٨١/١١/٢٩ - مدونتنا المدنية - العدد الثاني - فقرة ١٥٩٣) .

(٣) نقض منقذ ١٩٨١/٣/٢١ - مدونتنا المدنية والتجارية ١١٨/١٠/١٠ .

ولما كان للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فإنه يقع كثيرا أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة . وفي ذلك قول المادة ٢/٢٤٤ مدني انه اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين . والغاية التي تغياها المشرع من هذا الحكم تناط بفكرة استقرار المعاملات^(١) .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدده أنه اذا تصرف الأب بصفته وليا شرعيا على ابنه القاصر في ذات العقار بعقود متعددة ولأشخاص مختلفين فان المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم ، ولا محل لأعمال حكم المادة ٢/٢٤٤ من القانون المدني بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر ، ذلك أنه اذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه اذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا جسني النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم ، فقد دلت على أن مجال تطبيق هذا النص يكون عند اختلاف شخص المتصرف في كل من العقدين محل المفاضلة بحيث يكون أحدهما صاحب الحق الظاهر والآخر صاحب الحق المستتر . ومن ثم فإنه اذا كلف الشيء محل التصرف مملوكا لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى أشخاص مختلفين فان المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب^(٢) .

٢٠٠ - **الدعوى الصورية** : هي الدعوى يثقف الدائن عن نفسه نتائج غش المدين اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرفات صورية يعطس الدائن في هذا التصرف^(٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمديدي - مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢ ص ٢٠١ - ٢٠٢ .

(٢) قس المادة ٢٤٤ من القانون المدني - مونتينا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٨١١ .

بالصوربة حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه . ولكن ذلك لايعنى أن تعود ملكية المال الى المدين^(١) .

والحكم الذى يصدر فى دعوى الصوربة لا يسرى على أطرافها فحسب ، بل ينعدى أثره الى الدائنين^(٢) .

والدفع بالصوربة هو من قبيل الدفوع الموضوعية التى لايجوز من ناحية التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(٣) ، والتى يجوز من ناحية أخرى ابدالها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولا ينال من ذلك ألا يكون الطرف فى العقد المدفوع بصوربته قد اختصم أمام محكمة أول درجة . كما لا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات من عدم جواز ادخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف فى الخصومة القائمة أمام محكمة الاستئناف ، لأن القانون فى دعوى الصوربة لا يوجب اختصاص اشخاص معينين ومن ثم فان عدم اختصاص الطرف فى العقد المدفوع بصوربته لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر فيها حجية عليه^(٤) .

أما عن الاثبات فى دعوى الصوربة ، فانه اذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له ، فلا يثبت العقد المستتر الا بالكتابة أو مايقوم مقامها اذا زادت قيمة الالتزام المستتر على عشرين جنيا مالم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز الاثبات بجميع الطرق^(٥) لمن كان الاحتيال والغش موجها ضد مصلحته^(٦) .

(١) نقض مدنى ١٩٧٢/٣/١٦ - مجموعة المكتب الفنى ٢٣ ص ٤٢٤ .

(٢) السنهورى - الوسيط ج ٢ ص ١٠٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٠/٢/١٢ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٨٠٦ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨١/٤/١٦ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٠/١٠/١١٩ .

(٥) استئناف بنى سويف ١٩٧٣/٦/٢ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٠/١٠/٧٥ .

(٦) نقض مدنى ١٩٨٧/٣/١٦ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٤١٨ .

أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من الغير - وهو كل ذى مصلحة ولو لم يكن بينه وبين العاقدین رابطة عقدية - الذى يبغي اثبات صورية العقد الظاهر ، فلأن هذه الصورية تعتبر بالنسبة له واقعة مادية ، يجوز له اثباتها بجميع الطرق^(١) .

هذا وإن كان لمحكمة الموضوع - على ما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض - أن تقيم قضاءها فى الطعن بالصورية على ما يكفى لتكوين عقبتها من الأتلة المطروحة فى الدعوى دون أن تكون ملازمة باجابه الخصوم الى طلب الاحالة الى التحقيق ، الا أنه لايجوز لها أن تعول فى ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما فى ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه^(٢) .

المبحث الرابع

الحق فى الحبس

٢٠١ - التعريف به : تنص المادة ١/٢٤٦ من القانون المدنى على أن لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . وهكذا نجد الحبس وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه .

٢٠٢ - شروط الحق فى الحبس : يمكن حصر الشروط الواردة بالمادة ٢٤٦ مدنى فى شرطين اثنين هما :

٢٠٣ - (أولاً) دينان متقابلان : يجب أولاً أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له .

(١) نقض مدنى ١٩٥٠/١٠/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى ٢ من ٢٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٣/١/٢٧ - الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٤٨ ق .

أما الدين الذي في نعمة الشخص الأول - وهو المخل الذي يقع عليه الحبس - فيصح أن يكون محله: عينا أو دينا أو عملا أو امتناعا عن عمل ، كما يصح أن يكون مصدره عقدا أو عملا غير مشروع أو اثره بلا سبب أو نصا في القانون . ولا يستثنى من ذلك إلا ما ورد بغضز للفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ منى التي جعلت لحائز الشيء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التي انتفها عليه ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، فيجب أن يكون دينا متديا حالا لم يتم تنفيذه . لافرق في ذلك بين مختلف الديون سواء من حيث محلها أو من حيث مختزها ، ويبقى الحق في الحبس قائما حتى لو غدا الدين الثاني تنفيذا جزئيا^(١) . ولكن يشترط ألا يكون الحابس متعسفا في استعمال حقه بأن يكون هو الذي يعجز تنفيذ التزامه الحال^(٢) .

والجدير بالذكر أن المشرع أجاز للمشتري بنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ منى - إذا تعرض له أحد مستندا إلى حق سابق على البيع أو أيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده - أن يحبس الثمن حتى يقطع التعرض أو يزول الخطر مالم يمتنع من ذلك شرط في العقد . ولم يشترط التعرض في الحالة الثانية وقوع تعرض للمشتري بالفعل أو صدور حكم ينفي ملكية البائع ، بل أجاز للمشتري هذا الحق متى تبين له وجود سبب جدي يحسب معه نزاع المبيع من تحت يده^(٣) .

٢٠٤ - (ثانيا) قيام الارتباط ما بين الدينين : يجب لقيام حق

-
- (١) نض منى ١٩٥٩/١٢/١٠ - جمعية المحكمات القضائية - ١٩٥٩/١٢/١٠
(٢) نض منى ١٩٨٦/١٢/٢٩ - مدونة الذمبية - العدد الثالث - فقرة ٥١٥ .
(٣) نض منى ١٩٨٦/١٢/٢٨ - المراجع السابق - ٥٢٠١ - فقرة ٥٢٠١ .

الحبس أن يقوم ارتباط بين الدينين المتقابلين^(١) . والارتباط نوعان :
ارتباط قانوني وارتباط مادي .

ويقوم الارتباط القانوني إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين ،
أيا كان مصدر هذه العلاقة . فقد يكون مصدرها العقد التبادلي ، وقد
تنشأ بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد ، وقد توجد نتيجة لانحلال الرابطة
التعاقدية بالقسح أو بالبطالان ، وأخيراً قد تقوم غير مستندة إلى عقد قائم
أو منحل ، كما لو كان مصدرها القانون أو الأثر بلا سبب .

أما الارتباط المادي فيقوم على واقعة مادية هي حيازة الشيء أو
أحرازه ، وما قد يؤدي إليه ذلك من وجوب استيفاء المصروفات التي
يتم أنفاقها على الشيء . وقد عبرت المادة ٢/٢٤٦ منى عن إحدى
صور الارتباط المادي بقولها "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء
أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له
أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، وقد قضى
تطبيقاً لذلك بأن فى الوديعة لا يكون للمودع أن يجبر الشيء المودع
إلا مقابل استيفاء المصروفات الضرورية أو النافعة التى يكون قد أنفقها
على ذات هذا الشيء" ، أما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشيء
المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد
الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند
طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات^(٢) .

٢٠٥ - كيفية استعمال الحق فى الحبس : إذا توافرت شروط
الحق فى الحبس ، ولم يكن الحابس متعسفاً فى استعمال هذا الحق ،

(١) أنظر : نقض منى ١٩٨٨/١/١٧ - الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٥١٠ ق - غير
منشور - انتهى إلى نفي الارتباط بين تسليم عين بمقتضى حكم معين قضى بالتأمين
وبين متولات معاملة على سبيل الأمانة من المحضر عند تنفيذ حكم آخر صادر بالطرد .
(٢) نقض منى ١٩٦٤/١/٢٧ - مجموعة المكتب القنى ١٤ ص ٩٥٦ .

كان له (للدائن) أن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه . ولا يشترط لذلك اعدار المدين أو الحصول على ترخيص من القضاء^(١) . أو اللجوء الى اجراءات العرض الحقيقي^(٢) ، أو أن يكون الحابس حسن النية ، فقد اعطى القانون الحق في الحبس للحائز مطلقا ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون^(٣) .

ويقتصر الأمر على وقف التنفيذ حتى يعترض المدين ، وعندئذ يوضع الأمر كله تحت نظر القضاء . ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه ، أو أن يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين^(٤) .

٢٠٦ - آثار الحق في الحبس : أول ما يترتب حق الحبس من آثار هو حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس الى صاحبه ، وذلك حتى يستوفى حقه كاملا من أصل وفوائد ومصروفات ، أو حتى يقوم المدين بعرض الوفاء بهذا الحق عرضا حقيقيا يقبله الحابس أو يحكم نهائيا بصحته (مادة ٢٣٩ مدني) . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الحبس - بخلاف المقاصة - يظل معه الدينان قائمين ، ويعد وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء^(٥) .

على أن حبس الشيء على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليه ، نصت على ذلك صراحة المادة ١/٢٤٧ مدني .

ويسرى حق الحبس في مواجهة ورثة المالك ، كما يسرى أيضا في

(١) نقض مدني ١٩٦٧/١/١٩ - المرجع السابق ١٨ من ١٤٣ .

(٢) أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٨٤ .

(٣) نقض مدني ١٩٧٣/١٢/١٨ - موسوعتنا الذهبية ج ٣ فقرة ٤٤٢ .

(٤) السنهوري - الوسيط ج ٢ ص ١١٥٠ .

(٥) نقض مدني ١٩٧٠/٣/١٧ - مجموعة المكتب الفني ٢١ من ٤٥٩ .

مواجهة الدائنين العائدين أو في مواجهة جماعة الدائنين ممثلين في «السنديك» في حالة اشهار افلاس المدين^(١) .

أما عن الخلف الخاص فالأمر فيه مازال محل خلاف في الفقه^(٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لايسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في الحبس في مواجهة الغير ، ذلك لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطى لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم^(٣) .

٢٠٧ - واجبات الحابس : توجب المادة ٢/٢٤٧ مدنى على الحابس أن يحافظ على الشيء المحبوس وفقا لأحكام رهن الحياة . كما توجب عليه أيضا أن يقدم حسابا عن غلته . ويضاف الى هذين الواجبين واجب ثالث هو رد العين المحبوسة الى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

٢٠٨ - انقضاء الحق في الحبس : لما كان الحق في الحبس حقا تابعا للالتزام المضمون به ، فانه ينقضى تبعا لانقضاء هذا الالتزام ، أيا كان سبب هذا الانقضاء . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعى . هذا مع ملاحظة أن الالتزام المضمون بالحق في الحبس لا ينقضى بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة في يد الحابس ، فهذا يعتبر اقرارا ضمنيا بالدين من شأنه قطع التقادم الخاص به .

أما انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلى فيرجع اما الى تقديم صاحب الشيء تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس ، واما الى

(١) أنور سلطان - المرجع السابق ص ٨٦ .

(٢) أنظر في تفصيل هذا الخلاف : اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٤٩ ومابعدها ؛ السنهورى - الوسيط ج ٢ ص ١١٨٠ ومابعدها .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٣٠ - موسوعتنا للجمعية ج ٤ فقرة ١٦٢٠ .

هلاك الشيء المحبوس ، وأما التي عدم قيام الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس ، أو التي نزول الحابس عن حقه في الحبس . وأكثر ما يكون ذلك بخروج الشيء من يد الحابس طوعا (مادة ١/٢٤٨ مدني) ، إذ يعتبر ذلك قرينة على التخلي الاختياري ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها . وقد قضى بأن التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها^(١) .

المبحث الخامس

نظام الاعسار

٢٠٩٠ - شروط شهر الاعسار : نص المشرع المصري على شروط شهر الاعسار في المادتين ٢٤٩ و ٢٥٠ من القانون المدني ، وبمقتضاها لا يشهر اعسار المدين الا بمقتضى حكم قضائي ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائتيه ، بشرط أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد ديونه المستحقة الأداء ، وبشرط أن يراعى القاضى قبل أن يشهر الاعسار جميع الظروف التي أحاطت بالمدين . وللقاضى من بعد كل ذلك سلطة تقديرية في الحكم أو عدم الحكم بأشهر اعسار المدين^(٢) .

ويقع عبء إثبات اعسار المدين على الدائن الذي يطالب بشهره . ولأن الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، وقد يسر المشرع عبء الإثبات فقرر في المادة ٢٣٩ مدني أنه إذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ،

(١) نفسن مطبوع ١٩٥٣/٤/٩٠ - مجموعة الربع قرن ج ١ ص ٣٩٥ .
(٢) أنور سلطان - المرجع السابق ص ١٣٦ ؛ عبد الحى حجازى - النظرية العامة للائتمان ج ٣ ص ٢٢٣ .

وعلى المدّين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها .

٢١٠ - إجراءات شهر الاعصار : تبدأ هذه الإجراءات من وقت رفع دعوى شهر الاعصار ، إذ يفيد كاتب المحكمة هذه الدعوى ، وفي نفس اليوم يجب عليه أن يسجل صحيفة في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرّين . ومتى صدر حكم شهر الاعصار وجب على كاتب المحكمة أن يؤشّر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييد ذلك الحكم أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم (مادة ١/٢٥٣ منقّية) .

هذا وتوجب المادة ٢٥٤ منقّية على المتدين ، إذا غير موطنه ، أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ، سواء أخطره المتدين أم علم بذلك من أى طريق آخر أن يرسل على نفقة المتدين صورة من حكم شهر الاعصار ومن البيانات المؤشّر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بتسجيلها في سجلاتها .

٢١١ - آثار شهر الاعصار : رتب المشرّع لأثرين على مجرد تسجيل دعوى الاعصار . فقرر أولاً ألا يحتج على الدائنين بالتصرفات التي يبرمها المتدين ويكون من شأنها نقص حقوقه أو زيادة التزاماته (مادة ٢٥٧ منقّية) . كما قرر ثانياً ألا يحتج على الدائنين بالمسابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة الدعوى بأى اختصاص يقع على عقارات المتدين بعد هذا التسجيل (مادة ٢/٢٥٦ منقّية) .

أما الآثار التي تترتب على الحكم بشهر الاعصار فهي ثلاثة :

أ - حلول الديون الموجبة . نصّت على ذلك المادة ١/٢٢٥ منقّية بقولها «يترتب على الحكم بشهر الاعصار أن يحل كل ما في ذمة المتدين

من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل» .

ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة نوى الشأن من دائنيه بابقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة . كما يجوز أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالة اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف . وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا .

ب - لا يحول شهر الاعسار دون أن يتخذ الدائنون اجراءات فردية ضد المدين (مادة ٢٥٦ مدنى) .

ج - لا يحول شهر الاعسار دون تصرف المدين فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين . ولكن بشرط أن يكون التصرف بثمن المثل وأن يقوم المشتري بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع (مادة ١/٢٥٨ مدنى) .

أما اذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، الا اذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل (مادة ٢/٢٥٨ مدنى) .

٢١٢ - انتهاء حالة الاعسار : تنتهى حالة الاعسار بحكم القاضى أو بقوة القانون . فهى تنتهى بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالتين الاتيتين :
(أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله . كما لو زادت حقوقه أو نقصت ديونه .

(ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت من نفسها دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها . وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار الى ما كانت عليه وفقا للمادة ٢٦٣ مدنى التى تجيز

للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب الاعسار ولم يتم دفعها ، الى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وقى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلولها .

ويترتب على الحكم بانتهاء حالة الاعسار ان يؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ منى ، وعليه أن يرسل صورة منه الى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك .

كما تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار (مادة ٢٦٢ منى) .
وسواء كان انتهاء حالة الاعسار بحكم القاضى أم كان بقوة القانون ، فإنه يترتب على ذلك آثار معينة هي :

١ - يكون للمدين أن يتصرف فى أمواله دون مراعاة قيود المادة ٢٥٨ منى ، ودون أن يتعرض للعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٢٦٠ منى .

٢ - يكون للمدين أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها ، الى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها .

ويسبق تحقق هذا الشرط انتهاء حالة الإعسار ، اذا صدر حكم بانهاؤها وفقا لنص الفقرة الأولى / ب من المادة ٢٦١ منى . أما إذا انتهت حالة الإعسار بحكم لأن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (الفقرة الأولى/ أ من المادة ٢٦١ منى) أو انتهت هذه الحالة بقوة القانون (مادة ٢٦٢ منى) ، فيتعين على المدين أن يوفى بالديون التي حل الوفاء بها طبيعيا أى بانقضاء أجلها ، إذا أراد إعادة الأجل للديون التي حلت بسبب شهر الإعسار .

٣٠ - يظل للدائنين حق الطعن في تصرفات المدين وفقا لأحكام الدعوى البوليسية ، وفي استعمال حقوقه وفقا لأحكام الدعوى غير المباشرة . كما تعود إلى الدائنين رخصة الاختصاص بعقارات المدين ، ويكون ما يترتب من هذه الحقوق بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار نافذا في مواجهة الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار ، أما الذين ثبت تاريخ ديونهم قبل تسجيل صحيفة هذه الدعوى فلا أثر لحقوق الاختصاص هذه قبلهم .

القسم الثالث فى أوصاف الالتزام

٢١٣ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : الغالب أن الالتزام يكون بسيطا أى عاديا ، فتترتب عليه الآثار التى تقدمت الإشارة إليها فى الفصل الثانى من الباب الأول من القسم السابق . وقد تضاف إلى الالتزام أمور تعتل من تلك الآثار وتعرف فى الاصطلاح بالأوصاف المعدلة لأثر الالتزام ، وأنواعها ثلاثة هى :

- ١ - الشرط والأجل .
 - ٢ - تعدد طرفى الالتزام (الالتزام التخييرى والالتزام البنلى) .
 - ٣ - تعدد طرفى الالتزام (التضامن وعدم القابلية للانقسام) .
- ونتناول هذه الأنواع فى فصول ثلاثة كما يلى :

الفصل الأول الشرط والأجل

٢١٤ - الشرط والأجل والتمييز بينهما : تنص المادة ٢٦٥ منى على أن «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلى غير محقق الوقوع» ، وتنص المادة ١/٢٧١ منى على أن «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبلى محقق الوقوع» .

والبإدى من هذين النصين أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق الالتزام ، فإنهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف ، فبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققا فى قيامه أو زواله إذا بالالزام المضاف إلى أجل يكون محققا فى وجوده ولكنه مؤجل النفاذ أو مؤجل الانقضاء^(١) ، كل ذلك على التفصيل التالى :

المبحث الأول

الشرط

٢١٥ - ماهية الشرط : يقصد بالشرط كوصف فى الالتزام الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع الذى يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله (مادة ٢٦٥ مدنى) . ومن هذا يتبين أن الخصائص الواجب توافرها لصاحبة الواقعة كشرط هى :

(أولاً) إنه أمر مستقبل : أى لاحق على انعقاد العقد . أما إذا كان أمرا ماضيا أو حاضرا فهو ليس بشرط ، حتى ولو كان طرعا للالتزام يجهلان وقت التعاقد ما إذا كان الأمر الماضى قد وقع أو لم يقع ، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعا أو غير واقع^(٢) . ويعبر عن ذلك بأن الشرط واستقبال الزمان فكرتان متلازمان^(٣) .

(ثانيا) إنه أمر غير محقق الوقوع : فالشرط - على خلاف الأجل - يجب ألا يكون أمرا محقق الوقوع كما يجب أيضا ألا يكون الشرط الواقف رهينا بمشيئة المدين وحدها أو على حد تعبير المادة

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١/١٨ - موسوعتنا الذهبية - ج ٣ فقرة ٤٦١ .

(٢) المتكرة الايضاحية للمشروع للتصديق - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٧ .

(٣) محمد شتا أبو سعد - الشرط كوصف للتراضى - رسالة - ١٩٨٠ ص ٨٩ .

٢٦٧ مدنى ألا يكون متوقفا على محض إرادة الملتزم . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن النص فى عقد الصلح على أن يقر الطاعن بإخلاء الشقة استجاره من المطعون ضده عند الانتهاء من بناء عمارته وصلاحيته للسكن، وإن كان يتضمن شرطا إراديا ، إلا أنه ليس شرطا متوقفا على محض إرادة الطاعن بل كذلك على أمور لا يتحكم فيها تحكما مطلقا ، ومن ثم فهو صحيح^(١) . وهذا ما يعبر عنه بالشرط الارادى البسيط^(٢) .

(ثالثا) إنه أمر ممكن : فإذا علق وجود الالتزام على أمر مستحيل استحالة مطلقة ، وهى ما تقوم بالنسبة لكافة الناس - فإن الالتزام لا يوجد أصلا ، أما إذا كانت الاستحالة نسبية - وهى ما تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر - فلها لا تعيب الالتزام ، بل يكون الالتزام فى هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط^(٣) . ويكفى أن يكون الشرط ممكنا وقت اشتراطه ولو أصبح بعد ذلك مستحيلا^(٤) .

(رابعا) إنه أمر مشروع : أى لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب . وإلى هذا تشير المادة ٢٦٦ مدنى بقولها «لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط .. مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفا . أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم . ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام» .

هذا والعبرة فى عدم مشروعية الشرط ليس بالواقعة المعلق عليها ، بل بالفرض الذى يهدف إليه المتعاقدان منها . ومثال ذلك :

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٥/٢٣ - مدونتنا الذهبية - العدد الثلثى - ققرة ١٧١٥ .

(٢) محمد شتا أبو سعد - المرجع السابق ص ١٢١ .

(٣) البنهورى - الوسيط - ج ٢ ص ١١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٦/٣/٣ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - ققرة ٣٢٨ .

عدم الزواج ، فهو فى ذاته أمر مشروع ، ولكن اشتراط عدم الزواج فى ظروف معينة قد يكون غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج أو سلبها . كذلك قد تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ومع ذلك يكون الشرط مشروعاً ، فارتكاب جريمة وإن كان واقعة غير مشروعة إلا أنه يمكن اشتراط ذلك كشرط فاسخ ، فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ إن ارتكب الموهوب له جريمة معينة ، إذ لا يقصد بالشرط فى هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع ، بل المقصود منعه .

٢١٦ - نوعا الشرط : ينقسم الشرط إلى نوعين : شرط واقف وهو الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام ، وشرط فاسخ وهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام . والواقعة الواحدة قد تعتبر شرطا فاسخا بالنسبة لأحد طرفى الالتزام وشرطا واقفا بالنسبة للطرف الآخر ، ومثال ذلك أن يعلق نقل الملكية على شرط واقف حيث تظل الملكية فى هذه الحالة ثابتة للبائع تحت شرط فاسخ .

٢١٧ - آثار الشرط : تختلف آثار الشرط فى مرحلة التعليق عن آثاره بعد انتهاء التعليق .

فى مرحلة التعليق (أى قبل تحقق الشرط) إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا أى لا يكون قابلا لا للتنفيذ الجبرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه^(١) (مادة ٢٦٨ منقذ) . أما إذا كان الشرط فاسخا فإن الالتزام يأخذ حكم الالتزام المنجز ، فيعتبر موجودا وواجب النفاذ فور نشوئه وإن كان قابلا للزوال .

(١) ومن الإجراءات التحفظية فيما نحن بصدد : قيد الرهن وتجديد القيد ، وضع الاختام وتحرير قوائم الجرد والدخول فى التوزيع ، تسجيل العقد المعلق على شرط واقف ، رفع دعاوى تحقيق الغلط ، وضع الحراسة على الأعيان ، التدخل فى القسمة ، استعمال الدعوى غير المباشرة ، مباشرة دعوى الصورية ، قطع التقادم (انظر فى هذه الإجراءات التحفظية وجوازها من صاحب الحق المعلق على شرط واقف : محمد شتا أبو سعد - المرجع السابق ص ٣٨١ ومابعدهما) .

وبعد انتهاء التعليق (أى بعد تحقق أو تخلف الشرط) إذا كان الشرط واقفاً وتخلف امتنع وجود الحق المحتمل الذى كان للدائن واعتبر الالتزام كأن لم ينشأ أبداً . أما إذا تحقق الشرط الواقف فلن حق الدائن الذى كان محتملاً أثناء التعليق ، يصبح مؤكداً واجب النفاذ من وقت الاتفاق . وإذا كان الشرط فاسخاً وتخلف فإنه يترتب عليه امتناع زوال الالتزام نهائياً ويعتبر التزاماً منجزاً منذ نشوئه ، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فلن الالتزام الذى كان موجوداً أثناء التعليق يعتبر كأن لم يكن أبداً من وقت الاتفاق ، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، وإذا استحال الرد لمسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض ، على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط (مادة ٢٦٩ منى) .

٢١٨ - الأثر الرجعى للشرط : تنص المادة ٢٧٠ منى على أنه «إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لمسبب أجنبى لا يد للمدين فيه» .

ومن هذا النص يتبين أن المشرع قد خرج على قاعدة الأثر الرجعى للشرط فى عدة استثناءات هى : ١ - جواز اتفاق المتعاقدين على استبعاد الأثر الرجعى للشرط ، ٢ - إذا كانت طبيعة العقد تقتضى أن يكون وجود الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط وليس من وقت الاتفاق ، ٣ - بقاء أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن أثناء فترة التعليق نافذة رغم تحقق الشرط (مادة ٢/٢٦٩ منى) ، ٤ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لمسبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

وهناك طائفة أخرى من الاستثناءات التى ترد على قاعدة الأثر الرجعى للشرط ، كما فى الشفعة وتطهير العقار من الرهن ، ولا يتسع المقام إلى حصرها .

المبحث الثاني

الأجل

٢١٩ - ماهية الأجل : يقصد بالأجل كوصف في الالتزام الأمر المستقبل محقق الوقوع الذى يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه (مادة ٢٧١ / ١ منى) . ومن هذا يتبين أن المقومات الواجب توافرها فى الأجل هى :

(أولاً) أنه أمر مستقبلي وفى هذا يشترك الأجل مع الشرط^(١) .

(ثانياً) : أنه أمر محقق الوقوع : وفى هذا يفرق الأجل عن الشرط . ولايعنى هذا بالضرورة أن يكون الأجل معلوما . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٧٢ / ٢ منى بقولها ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

٢٢٠ - نوعا الأجل : ينقسم الأجل - كما ينقسم الشرط - إلى أجل واقف وأجل فاسخ . فالأجل الواقف هو الذى يؤخر نفاذ الالتزام أو هو الذى يترتب على حلوله أن يصبح الالتزام واجب التنفيذ مستحق الأداء . أما الأجل الفاسخ فهو يودى إلى وضع حد لتنفيذ الالتزام بحيث يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه .

٢٢١ - آثار الأجل : تنص المادة ٢٧٤ منى على أنه «إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن

(١) وكل من الشرط والأجل هو النافذة التى يطل منها النظام القانوني على المستقبل فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر بل لابد أن يمتد إلى المستقبل ، ذلك أن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك وتدفعه إليه دفعا ، وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا فى ظروف وملامسات غير محددة والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل ، فكلهما أمر مستقبلي يرد إليه مصير العلاقات القانونية ، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم فى المستقبل .

يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعياره واستند في ذلك إلى سبب معقول . ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي .

ومن هذا النص يتبين أنه يجب - كما في الشرط - أن نميز بين مرحلتين . فنفرق في آثار الأجل بين المرحلة السابقة على حلول الأجل وبين المرحلة اللاحقة على ذلك . فقبل حلول الأجل ، إذا كان الأجل واقفا ، كان الحق المقترن بهذا الأجل موجودا بل وكامل الوجود ولكنه مع ذلك يكون غير نافذ إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ويكون للدائن - كما تشير المادة ٢٧٤/١ مدني - أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، ويمكن له بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعياره واستند في ذلك إلى سبب معقول .

أما إذا كان الأجل فاسخا فإن الحق يكون مؤكدا الزوال عند حلول الأجل ، ولا يكون لصاحبه أن يتصرف فيه إلا مقيدا بحدود هذا الحق الذي هو مؤكدا الزوال إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

وبعد حلول الأجل ، سواء بانقضائه أو بسقوطه (أنظر المادة ٢٧٣ مدني) أو بالزوال عنه ممن لهم مصلحة فيه^(١) ، يصبح الحق نافذا ويجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذر الدائن^(٢) ما لم يوجد نص أو اتفاق يقبل الدائن من واجب الأعداء . ولا تترتب هذه الآثار إلا من وقت حلول الأجل ، فالأجل - على خلاف الشرط - لا تستند آثاره إلى الماضي .

(١) على أن لانقضاء الأجل أسبابا أخرى تعرض في أحوال خاصة : كانقضاء الأجل بالموت في حالة تصفية التركة ، وسقوط الأجل القضائي بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الهامش) .

(٢) (٧) المنهوي - للوسيط ج ٣ ص ١٢٨ .

الفصل الثانى

تعدد محل الالتزام

٢٢٢ - الالتزام التخييرى والالتزام الببلى : يحدث أن يكون للالتزام الواحد أكثر من محل تبرأ ذمة المدين إذا هو أذى واحدا منها ، وهذا هو الالتزام التخييرى . ويحدث أن يكون محل الالتزام شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا هو أذى بدلا منه شيئا آخر ، وهذا هو الالتزام الببلى . ونعرض فى مبحثين لأحكام هذا التعدد فى محل الالتزام .

المبحث الأول

الالتزام التخييرى

٢٢٣ - متى يكون الالتزام تخييريا : تنص المادة ٢٧٥ مdney على أن «يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله اشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أذى واحدا منها» . ولا يلحق وصف التخيير بالالتزام إلا إذا كان كل أداء من الأداءات التى ورد عليها معتوفا لشروط المحل ، وذلك حتى تتحقق مكنة فعلية للخيار بين هذه الأداءات . أما إذا امتنع الالتزام باكثر من أداء واحد بسبب تخلف الشروط القانونية (الامكانية أو المشروعية) فيما عداه ، فلا يكون للالتزام حينئذ من وصف التخيير إلا الظاهر ، ويعتبر فى الواقع بسيطا غير موصوف .

٢٢٤ - لمن يثبت حق الخيار : تنص المادة ٢٧٥ مdney على أن «.... يكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك» . كما تنص المادة ٢٧٦ مdney على أنه «١ - إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز

للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام^(١) ، ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين .

٢٢٥ - استحالة تنفيذ أحد الاداءات أو جميعها : قد يحدث قبل استعمال حق الخيار أن يستحيل تنفيذ أحد الاداءات أو جميعها . فإذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبى انقضى الالتزام وفقا للقواعد العامة (مادة ٣٧٣ مدنى) متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، أما إذا اقتصرست الاستحالة على أحد محلى التخيير (أو أحد محال التخيير) فإن الالتزام لا ينقضى بل يتحدد محله فى المحل الآخر (أو فى المحال الأخرى) .

وإذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسؤولا عن هذه الاستحالة ، ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، فإنه يكون ملزما أن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه (مادة ٢٧٧ مدنى) .

أما إذا كان الخيار للدائن وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه ، واقتصرست الاستحالة على أحد المحلين فبترأ ذمة المدين من التزامه الا إذا رأى الدائن استيفاء مابقى الوفاء به ممكنا على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه . وإذا تناولت الاستحالة كلا الشئين برأت ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعرضه عن قيمة أحد الشئين وفقا لما يختاره (أى الدائن) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص مايلى :
... وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ويقيم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه ، بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة ، فقد تقدم أن للقاضى يتدخل فى تنفيذ العقود ، بل وفى تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك -

المبحث الثانى

الالتزام البدلى

٢٢٦ - متى يكون الالتزام بدليا : تنص المادة ٢٧٨ منى على أن «يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ نمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر» . ولا يلحق وصف البذل بالالتزام إلا إذا كان كل من المحل الأصلي والمحل البديل - توافرت فيه جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام (الامكانية والمشروعية) . ذلك أن تخلف أى من هذه الشروط فى المحل الأصلي يجعل الالتزام باطلا ، كما أن تخلفه فى المحل البديل يسقط هذا المحل ويصبح الالتزام بسيطا ذا محل واحد دون بديل .

٢٢٧ - لمن يثبت حق الخيار ومصدر هذا الخيار : خيار البذل يكون دائما للمدين^(١) . ومصدر هذا الخيار - كمصدر خيار التعيين فى الالتزام التخييري - هو الاتفاق أو نص فى القانون^(٢) .

ومن الأمثلة من نصوص القانون فيما نحن بصدد ذكره المادة ٣/١٢٩ منى (بشأن جواز توقي دعوى الإبطال بسبب الاستقلال إذا عرض الطرف المستقل ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن) ، والمادة ٤٤١ منى (بشأن حق البائع فى التخلص من نتائج الضمان إذا رد للمشتري المبلغ الذى دفعه مقابل توقي استحقاق المبيع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات) .

= ضرورة قاهرة أو ملحة. والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه ، فليس فى الوسع خلق حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن لأن ذلك يفضى إلى تحكم الثانى فى الأول خلافا لما تقتضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

(١) الوسيط للمنهورى - ج ٣ ص ١٨٢ :

(٢) المكترة الإيضاحية للمشروع للنمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٤٧ .

٢٢٨ - تعيين محل الأداء : ليس للدائن فى الالتزام الببلى أن يطالب إلا بالمحل الأصلى ، وليس له أن يطالب بالببيل . أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل المحل الأصلى ، ولكنه يستطيع أن يبرىء نمته بببيل^(١) ، ولكن لايجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصلى وجزءاً من الببيل .

٢٢٩ - هلاك محل الالتزام الببلى : إذا هلك المحل الأصلى بسبب أجنبى ، انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . أما إذا هلك المحل الأصلى بخطأ المدين ، فإن الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل دون أن يستطيع المطالبة بالببيل ، وانما يجوز للمدين أن يتوفى دفع التعويض بأن يوفى بالببيل . واذا هلك المحل الأصلى بخطأ الدائن ، فإن الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه . ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يوفى بالببيل ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الأصلى .

أما إذا هلك الببيل بسبب أجنبى أو بخطأ المدين ، فإن الالتزام لا ينقضى بل يبقى قائماً على محله الأصلى . وإذا هلك الببيل بخطأ الدائن ، بقى الالتزام قائماً على محله الأصلى فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ويرجع المدين على الدائن بقيمة الببيل . وفى هذه الحالة يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلى وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالببيل ، اذ أن الدائن بعد أن أهلك الببيل بخطئه يكون بمثابة من استوفاه .

(١) وقد جاء فى المتكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ملبى : ويؤاظ الحكم على طبيعة الالتزام الببلى بالتكليف الأصل الذى يرد عليه ويعتبر محلاً له على وجه الأفراد ، دون الببيل الذى يكون للمدين أن يبرىء نمته بأدائه . ويتفرع على ذلك أن الالتزام الببلى ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصل مستحيلاً قبل إعدار المدين بغير خطأ منه ، لكنه يظل على نقض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالببيل . وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام الببلى عتارياً أو منقولاً ، وفى التقاضى بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص إلى محله الأصل دون الببيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٤٧ و ٤٨) .

الفصل الثالث . تعدد طرفى الالتزام

٢٣٠ - صورتنا التعدد : نعرض فى مبحثين متعاقبين صورتين من صور تعدد طرفى الالتزام ، ونعنى بهما : التضامن وعدم القابلية للانقسام .

المبحث الأول التضامن

٢٣١ - التضامن الإيجابى والتضامن السلبى : التضامن وصف يحول دون انقسام الحق (فى حالة تعدد الدائنين) أو الالتزام (فى حالة تعدد المدينين) ، ويسمى فى الحالة الأولى بالتضامن الإيجابى أو بالتضامن بين الدائنين ، وفى الحالة الثانية بالتضامن السلبى أو بالتضامن بين المدينين .
ونعرض لكل حالة فيما يلى :

الفرع الأول التضامن بين الدائنين

(أولا) فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

٢٣٢ - ما يترتب على وحدة المحل : من شأن التضامن الإيجابى أن يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين ، وأن يكون للمدين أن يبرأ نتمته بالوفاء بكل الدين لأى واحد منهم . وقد اشارت إلى ذلك كل من المادة ١/٢٨١ مدنى بقولها ويجوز للدائنين

المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء
والمادة ٢٨٠/١ منى بقولها «إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز
للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك» .

ومع ذلك فلن التضامن الايجابى لا يحول دون انقسام الدين بين
ورثة الدائنين المتضامنين ،. إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام
(مادة ٢/٢٨٠ منى) .

٢٣٣ - ما يترتب على تعدد الروابط : يظهر أثر تعدد الروابط
التي تربط كل واحد من الدائنين المتضامنين بالمدين فى أمرين : أولهما
الاعتداد بالوصف الذى يلحق رابطة كل دائن بالمدين ، والى هذا تشير
المادة ٢٨١ منى بقولها «١ - يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو
منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل
دائن من وصف يعدل من أثر الدين ، ٢ - ولا يجوز للمدين إذا طالبه
أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع
الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن
المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وبأوجه الدفع المشتركة بين
الدائنين جميعاء» .

والأمر الثانى براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء .
وقد اشارت إلى ذلك المادة ٢٨٢/١ منى بقولها «إذا برئت ذمة المدين
قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى
الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمته قبله» .

٢٣٤ - ما يترتب على النيابة التبادلية : تنص المادة ٢/٢٨٢
منى على أنه «ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من
شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين» . ويبين من هذا النص أن المشرع
أخذ بفكرة النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفعهم لاقبلا
يضر بهم . وترتبا على ذلك فإن أى عمل يأتيه أحد الدائنين المتضامنين
ويكون مؤديا إلى منفعة ، لا يقتصر على منفعة هذا الدائن وإنما ينتفع
٢٠٥

به باقى الدائنين . أما إذا كان العمل ضارا فإن هذا الضرر لا يلحق سوى الدائن المضرور بالعمل دون سائر الدائنين ، وعلى ذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحد الدائنين المتضامنين فلا يمسرى على غيره من الدائنين ، وعلى العكس إذا صدر لغير صالحه استفاد من ذلك باقى الدائنين .

ثانيا) فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

٢٣٥ - إنقسام الدين : تنص المادة ٢٧٣ مدنى على أن ١ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه ، ٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . والبادى من هذا النص أنه إذا كان الدين يعتبر وحدة لاتقبل التجزئة فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين إلا أنه ينقسم فى حلة الدائنين بعضهم ببعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعا ويتحاصون فيه بنسبة انصباثهم وفقا لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمنا . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده ، وكان الباقيون مجرد وكلاء سخرؤا فى الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وكان له أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين^(١) .

الفرع الثانى

التضامن بين المدينين

٢٣٦ - مصادر التضامن بين المدينين : تنص المادة ٢٧٩ مدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٦٠ و ٦١ .

على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض»^(١) ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . وظاهرة من هذا النص أن التضامن السلبى إما أن يكون راجعا فى مصدره إلى الاتفاق أو إلى نص فى القانون . ومن النصوص القانونية فيما نحن بصده نص المادة ١٦٩ مدنى الذى يقضى بأنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر» والمادة ١٩٢ مدنى التى تقضى بأنه «وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية» ، وأيضا نص المادة ١/٦٥١ مدنى الذى يقضى بأن «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيده من مبان أو اقاموه من منشآت ثابتة أخرى ...» . والمادة ٧٩٥ مدنى التى تقضى بأنه «فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين» والمادة ١٣٧ تجارى التى تقضى بأن «ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن» .

أما عن الاتفاق كمصدر للتضامن ، فإنه لا يقصد بذلك إلى وجوب اشتراط الاتفاق على التضامن بصريح العبارة ، ذلك أن الإرادة قد تنصرف إلى التضامن ضمنا . ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء فى هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها ، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته . فليس يكفى إذن لقيام التضامن أن تكون الظروف مرجحة قيامه بل يجب أن تكون مؤكدة له بما لا يدع مجالا للشك فى توفره . وعلى من يدعى قيام التضامن أن يقيم الدليل عليه ، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم^(٢) .

(١) والتضامن بين المدينين لا يفترض حتى فى المسائل التجارية (الوسيط - المنهوري ج ٣ ص ٢٦٦) .

(٢) (الادارية العليا ١٨/١١/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفنى ١٣ - ١٥ - ٩٣ . وأيضا : نقض مدنى ١٩٨٥/٣/٢٥ - مودنتا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٣٢٣ .

٢٣٧ - الالتزام التضامنى والالتزام التضامى^(١) : إذا كان الالتزام التضامنى متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، فإنه أيضا موحد المصدر . ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً ، مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه «إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم» . وهنا الروابط متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد ، فلا يكون الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن لأن التضامن يقتضى وحدة المصدر ، ولكن لما كان كل منهم ملزماً بنفس الدين ، فقد تضامنت ذممهم جميعاً فى هذا الدين الواحد دون تضامن . والالتزام يكون التزاماً تضامياً وليس التزاماً تضامنياً^(٢) .

ولأنه فى الالتزام التضامى يكون كل من المدينين مدينا بنفس الدين وبكل الدين ، فيترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين . كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتنبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامين بعضهم على بعض . فهذا يتوقف على مايبينهم من علاقة . كما أنه فى الالتزام التضامى حيث لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين ، فإنه لا محل لأن يمثل كل مدين متضام الآخرين لافئما ينفعهم بل ولا حتى فيما يضرهم .

٢٣٨ - الآثار التى تترتب على تضامن المدينين : نفرق فى هذه الآثار بين أمرين :

(١) السنهورى - الوسيط ج ٣ ص ٢٨٤ ومابعدها .

(٢) ومن أمثلة التضامن أن يختص الحاجز بالدين المحجوز عليه حيث تضامن ذمة المحجوز لديه وذمة المحجوز عليه فى الوفاء بدين الحاجز . تحت يد البنوك - للمؤلف - ١٩٦٤ ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

(أولا) فى علاقة المدنيين المتضامنين بالدائن

٢٣٩ - ما يترتب على وحدة المحل : من مقتضى فكرة وحدة الدين فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدنيين المتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم ، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين ، وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود لمطالبة المدنيين الآخرين أو أى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين ، كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بكل الدين فى أحدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستئزال حصة من حصل التنازل عن مطالبته منهم .

وقد أشارت إلى المعانى المتقدمة المادة ٢٨٤ مدنى بقولها «إذا كان التضامن بين المدنيين ، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرر لئمة الباقين ، والمادة ٢٨٥ مدنى بقولها «١ - يجوز للدائن مطالبة المدنيين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدني من وصف يعدل من أثر الدين ، ٢ - ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدنيين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدنيين جميعا» .

٢٤٠ - ما يترتب على تعدد الروابط : من مقتضى فكرة تعدد الروابط فى التضامن السلبى أن كل مدني تربطه بالدائن رابطة مستقلة وتمييزة عن الروابط التى تربط المدنيين الآخرين بهذا الدائن ، فإذا شابت رابطة أحد المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فإن عيوب أى رابطة منها لا تمتدعها إلى رابطة أخرى . وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام

المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزماً قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذى تعينت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ، فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها .

هذا وأسباب انقضاء الدين التى ترجع إلى مدين دون آخر هى :
أولاً - المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ منى على أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين» .

ثانياً - إتحاد الذمة : تنص المادة ٢٨٨ منى على أنه «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن» .

ثالثاً - الإبراء : تنص المادة ٢٨٩ منى على أنه ١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك ، ٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين» . كما تنص المادة ٢٩٠ منى على أنه «إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقيين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك» . وتنص المادة ٢٩١ منى أيضاً على أنه ١ - فى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامين ، سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ ، ٢ - على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر» .

رابعاً - التقادم : تنص المادة ١/٢٩٢ مدنى على أنه «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين» .

٢٤١ - ما يترتب على النيابة التبادلية : لم يتضمن القانون المدنى نصاً يقرر مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين صراحة ، ولكن الذى يستخلص من مجموع النصوص فى موضوع التضامن هو أن المشرع استبعد هذه الفكرة إذا كان فى أعمالها زيادة أعباء المدينين المتضامنين ، وأقرها إذا كان يترتب على أعمالها تحقيق نفع لهم . ونستعرض فيما يلى هذه النصوص :

أولاً - قطع التقادم ووقفه : تنص المادة ٢/٢٩٢ مدنى على أنه «إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين»^(١) .

ثانياً - استحالة التنفيذ : تنص المادة ١/٢٩٣ مدنى على أنه «لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله» .

ثالثاً - الاعذار والمطالبة القضائية : تنص المادة ٢/٢٩٣ مدنى على أنه «إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار» .

رابعاً - الصلح : تنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه «إذا تصالح

(١) قضت محكمة النقض بأن مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع ، وذلك أخذاً بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين . وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للتكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأسمى أثر بالنسبة إلى هذا المدين (نقض مدنى ١٩٦٩/١/٣٠ - موسوعتنا الذهبية جـ ٣ فقرة ٥٠٣) .

الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه .

خامسا - الأقرار واليمين : تنص المادة ٢٩٥ مدني على أنه ١ - إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الأقرار في حق الباقيين ، ٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقي المدينين ، ٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

سادسا - حجية الأحكام : تنص المادة ٢٩٦ مدني على أنه ١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين^(١) ، ٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه .

(ثالثا) في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

٢٤٢ - إنقسام الدين : تنص المادة ٢/٢٩٧ مدني على أنه وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق

(١) قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر على التكفل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصا في الدعوى ، وذلك سواء في القانون المدني الملغى أو في القانون القائم . فقد استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريانه على باقي المدينين ، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسرى في حكمه عن طريق القياس بين التكفل المتضامن والمدين المتضامن ، لأن تضامن التكفل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا بل -

أو نص يقضى بغير ذلك. . على أنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يحتمل به كله نحو الباقيين (مادة ٢٩٩ مدنى) .

٢٤٣ - رجوع المدين الموفى على باقى المدينين : إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الحلول (مادة ١/٢٩٧ مدنى) . على أنه إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته (مادة ٢٩٨ مدنى) .

المبحث الثانى

عدم القابلية للانقسام

٢٤٤ - أسباب عدم القابلية للانقسام : تنص المادة ٢٠٠ مدنى على أن «يكون الالتزام غير قابل للانقسام : (أ) إذا ورد على محل لا يقبل طبيعته أن ينقسم ، (ب) إذا تبين من الغرض الذى رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك» .

والبادئ من هذا النص أن عدم قابلية الالتزام للانقسام إما أن ترجع إلى طبيعة المحل الذى يرد عليه الالتزام ، وإما إلى اتفاق المتعاقدين . وفى الصورة الأولى قد يكون عدم الانقسام مطلقا لأن المحل يستعصى

= يبقى التزامه تبعيا . أما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ، ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين (نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٢ - موسوعتنا الذهبية ج ٢ قرة ١٤٨١) .

بأى صورة كانت على الانقسام (كحق الارتفاق وحق الرهن) ، وقد يكون عدم الانقسام نسبيا لأن المحل وأن كان يقبل الانقسام إلا أنه تمتنع تجزئته بالنظر إلى الغرض منه (كاللزام مقاول ببناء منزل أو تعهد أكثر من كاتب لناشر بتأليف كتاب فى موضوع معين) .

٢٤٥ - آثار عدم القابلية للانقسام : نفرق هنا بين حالة تعدد المدينين وحالة تعدد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام . فإذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا ، وللمدين الذى يوفى بالدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (مادة ٣٠١ مدنى) . أما إذا تعدد الدائنون أو تعدد ورثة الدائن فى التزام غير قابل للانقسام ، فإنه يجوز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام^(١) . وعندئذ يرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته (مادة ٣٠٢ مدنى) .

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان موضوع التداهى التزاما غير قابل للانقسام كما هو الشأن فى طلب بطلان عقد هبة لعدم استيفائه الشكل الرسمى فإنه - طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا تعدد الدائنون أو تعدد ورثة الدائن جاز لكل منهم أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، ومؤدى هذا أن الطاعنين وهم ورثة الدائن - أى من له التمسك ببطلان الزامه بالعقد باعتباره هبة لم تتخذ الشكل الرسمى - أن يتمسكوا بهذا البطلان مجتمعين أو منفردين ، ويبنى على هذا أن بطلان الطعن من واحد أو أكثر منهم لا يحول دون قيامه متى صح بالنسبة لطاعن آخر أو أكثر منهم . واذ كان ذلك فلا محل لما يثيره الحاضر عن المطعون ضدهما من بطلان الطعن برمته لبطلانه بالنسبة لبعض الطاعنين ، ويكون غير منتج البحث فى بطلان الطعن بالنسبة لبعض الطاعنين لعدم إيداع المحامى توكيله عنهم عند تقديم صحيفة الطعن أو لصدور التوكيل له بعد ذلك طالما يكفى الطعن ممن صح الطعن منه (نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٢٩ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ٨٦) .

القسم الرابع

في

انتقال الالتزام

٢٤٦ - حوالة الحق وحوالة الدين : يقصد بانتقال الالتزام أن يحل شخص جديد محل الدائن ، وذلك هو الانتقال الايجابي ، أو محل المدين وهذا هو الانتقال السلبي . وانتقال الالتزام حال الحياة - وهو ما يعنينا هنا - يتم بأحد طريقتين : حوالة الحق وحوالة الدين .
ونتناول كل طريق فيما يلي على حدة :

الفصل الأول

حوالة الحق

٢٤٧ - التعريف بحوالة الحق : حوالة الحق اتفاق ينقل به الدائن ماله من حق قبل المدين الى شخص آخر يصبح دائناً مكانه . ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل ، والدائن الجديد بالمحال له والمدين بالمحال عليه .

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع ، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة ، وقد تتم على سبيل الضمان فتأخذ حكم الرهن^(١) .

٢٤٨ - شروط انعقاد الحوالة : تنص المادة ٣٠٣ من القانون المدني على أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم

(١) عبد الحمى حجازي - نظرية الالتزام ج ٢ ص ٢٤٤ ؛ اسماعيل غانم - نظرية الالتزام ج ٢ ص ٣٥٦ .

الحوالة دون حاجة الى رضا المدين» . كما تقضى المادة ٣٠٤ مدنى بأنه «لا تجوز حوالة الحق الا بمقدار مايكون منه قابلا للحجز» .

وهكذا نجد الحوالة تتم برضاء المحيل والمحال له فقط ، فلا حاجة لرضاء المحال عليه .

أما قبول المحال عليه المنصوص عليه فى المادة ٣٠٥ مدنى كشرط لنفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه ، فليس تعبيراً عن الارادة كالذى نجده فى الایجاب والقبول ، وانما هو تعبير عن العلم ، أى أنه ليس تعبيراً انشائياً وانما هو تعبير اخبارى^(١) .

وغنى عن البيان فإن الحوالة تجرى عليها القواعد العامة فى شأن انعقاد وصحة التصرفات القانونية من توافر وسلامة الرضا من العيوب ومشروعية السبب .

أما عن المحل الذى يصلح لحوالة الحق فتزد عليه استثناءات ثلاثة هى :

- ١ - وجود نص فى القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق .
- ٢ - وجود اتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق .
- ٣ - ما تستوجبه طبيعة الالتزام من عدم القابلية للانتقال .

٢٤٩ - شروط نفاذ الحوالة : تنص المادة ٣٠٥ مدنى على أن الحوالة «لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها» . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، ويفرق هذا النص بين المدين والغير فيما يتعلق بنفاذ الحوالة .

فبالنسبة لنفاذ الحوالة قبل المدين ، أى إلزامه بوفاء الحق المحال به الى المحال له دون المحيل ، لابد من القيام بإجراءات معينة ترمى

(١) عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٢٥٠ .

الى اعلام المدين بحصول الحوالة . وتنحصر تلك الاجراءات فى احدى وميلتين : اما قبول المدين للحوالة واما اعلانه بها ، ويشترط فى قبول المدين أن يكون لاحقا لاتعقاد الحوالة ، فلا يكفى أن يقرر المدين فى سند الدين أنه راض مقبلا بحوالة الحق للغير^(١) . كما يشترط فى اعلان المدين أن يكون اعلانا رسميا على يد محضر تراعى فيه الأوضاع الخاصة باعلان أوراق المحضرين التى نظمها قانون المرافعات . ويعد اعلانا رسميا فيما نحن بصدد صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين للوفاء بالحق المحال به ، وكذلك التنبيه والتقدم فى التوزيع وتوقيع المحال له حجزا تحفظيا تحت يد المدين^(٢) . كما يعد كذلك أيضا ائذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئة لاستصدار أمر أداء به متى كان هذا الائذار مشتملا على بيان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية^(٣) .

هذا والاجماع على أن العلم الفعلى لايفنى عن العلم القانونى المستفاد من القبول أو الاعلان^(٤) .

أما عن نفاذ الحوالة قبل الغير ، فهو يستلزم القيام بنفس الاجراءات التى تنفذ بها قبل المدين ، أى بقبول المدين الحوالة أو اعلانه بها . على أن نفاذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ويقصد بالغير هنا كل من اكتسب حقا خاصا على الحق المحال به ، كالمحال له الثانى .

هذا وإذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد وطالب المحال اليه الأخير المدين بقيمة الحق المحال فلا يشترط لنفاذ الحوالة الأخيرة فى

(١) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٣٥٩ .

(٢) شمال القاهرة الابتدائية ١٩٧٧/٤/٢٦ - مدونتنا المدنية والتجارية ٤١/١٢/١٠ ؛

نقض مدنى ١٩٨٨/٥/٢٩ - الطعن رقم ١٨٤٢ لسنة ٥٤ ق - غير منشور .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٦/٥/٢٤ - المرجع السابق ٣٠/١٢/١٠ .

(٤) عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٢٥٢ وماينما .

حق المدين سوى قبوله لها أو اعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها دون حاجة لاعلانه بكل حوالة منها على حدة - اذ المقصود بالاعلان هو اعلان المدين بانتقال الحق الى المحال اليه الذى يطالب بالدين وإثبات صفته فى اقتضائه ، أما غيره من المحال اليهم السابقين الذين أحالوا حقهم الى آخرين فلا يلزمون باعلان المدين بالحوالة وتنعقد الحوالة التى أبرمها كل منهم بالتراضى بما يترتب عليها من نقل الحق الى المحال اليه دون حاجة الى رضاء المدين^(١) .

٢٥٠ - آثار الحوالة : ونقصد بذلك الآثار الخاصة بحوالة الحق بصرف النظر عن العلاقة الأساسية التى تعتبر مصدرا للحوالة كالبيع أو الهبة أو الرهن .

والأثر الجوهرى للحوالة هو نقل الحق المحال به من المحيل الى المحال له^(٢) . وينتقل الحق بنفس صفاته وتوابعه كالأقساط والفوائد ، وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن (مادة ٣٠٧ مدنى) . كما ينتقل الحق فيما بين المحيل والمحال له من وقت التراضى على الحوالة . أما بالنسبة للمدين أو الغير فلا ينتقل الحق الا من تاريخ نفاذ الحوالة قبلهما على الوجه الذى يجرى به نص المادة ٣٠٥ مدنى (مانتدم بند ٢٠٤) . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن القبول الذى يعتد به فى نفاذ الحوالة قبل المدين أو قبل الغير هو الذى يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث ينم عن علمه بها فيكف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلي

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٥/٢٤ - مودنتا المدنية والتجارية ٣١/٢/١٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين وإنما هى تنقل الالتزام الثابت أصلاً فى ذمته من الدائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقاً للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه ، ويبنى على ذلك أن يظل هذا الالتزام بعد حوالاته محكوماً بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته وصفاته وإثباته وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك ، فإذا صدر قانون بغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هذا الالتزام (إلا فى نطلق ما يستحدثه من قواعد آمرة تتصل بالنظام العام) (نقض مدنى ١٩٦٧/١٢/٢٣ - مجموعة للمكتب الفنى ١٨ ص ١٧٤٤) .

ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد . أما إذا تضمنت عبارة السند تخويلاً للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضا المدين فإن ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذى قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ مدنى إذ أن إطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال إليه ويتاريخ الحوالة ، فلا يغنى عن اعلانه بها وقت اتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ أى من هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول موعد الاستحقاق^(١) .

وينتقل الحق المحال به بكل قيمته ولو كان المحال له قد دفع ثمنه أقل^(٢) .

كما يلتزم المحيل ، اذا كانت الحوالة بعوض ، بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة . أما اذا كانت الحوالة بلا مقابل ، فلا يضمن المحيل حتى وجود الحق (مادة ٣٠٨ / ٢ مدنى) .

وأحكام الضمان هذه ليست من النظام العام (مادة ١/٣٠٨ مدنى) ولهذا كان من الجائز الاتفاق على تعديلها . والغالب ألا يكتفى المحال له بضمان وجود الحق المحال به ، فيشترط أيضا ضمان يسار المحال عليه . وقد يكون الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني ، فيتفق مثلا على أن المحيل لا يضمن خلو الحق من العيوب ، أو أنه لا يضمن توافع الحق . بل يجوز اشتراط عدم الضمان أصلا ، الا أن هذا الشرط لا يعفى المحيل من المسؤولية عن افعاله الشخصية^(٣) (مادة ٣١١ مدنى) .

(١) نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١٩ - موسوعتنا للذهبية ج ٦ فقرة ٢٦ .

(٢) نقض - مدنى ١٩٦٨/٢/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى ١٩ ص ٣٥٧ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن حق المحال له فى التعويض فى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا عن الحق المحال به مع -

هذا وإذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم المحيل الا
برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى
بغير ذلك (مادة ٣١٠ مدنى) .

٢٥١ - علاقة المحال له بالمحال عليه : تنص المادة ٣٠٦ من
القانون المدنى على أنه يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ
الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل اليه،
كتجديد قيد الرهن الضامن للحق ، أو توقيع الحجز تحت يد مدين
للمحال عليه ، أو قطع التقادم المسقط السارى ضد الحق المحال به .
كما تنص المادة ٣١٢ مدنى على أنه وللمدين أن يتمسك قبل المحال
له بالدفع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة
فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة،
كالدفع ببطان الدين أو بانقضائه لأى سبب . كما تنص المادة ٣٦٨
مدنى على أنه ١ - اذا حوّل الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة
دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة
التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع
بحقه على المحيل ٢ - أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن اعلن
بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

٢٥٢ - علاقة المحال له بالغير : تنص المادة ٣١٣ مدنى على
أنه «اذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها
نافذة فى حق الغير» كذلك الحكم اذا كان التنازع بين المحال له والدائن
المرتهن فيفضل منهما من سبق الآخر فى اتمام اجراءات نفاذ الحوالة
فى مواجهة الغير^(١) .

- الفوائد والمصروفات ، كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقا للمادتين ٣٠٨
و ٣٠٩ من القانون المدنى ، بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت
على مادفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضا التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال
له من جراء فعل المحيل (نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٢ - موسوعتنا الذهبية ج ٦ قرة ٥١) .
(١) أنور سلطان - المرجع السابق ص ٢٩٥ .

هذا عن التنازع بين المحال لهم ، أما عن التنازع بين المحال له والدائن الحاجز فقد نصت المادة ٣١٤ منى على أنه :

١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفى هذه الحالة ، اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر فسمه غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه الى عدم التفرة - عند تطبيق المادة ١/٣١٤ منى - بين الحوالة التى تنعقد بعد الحجز أو قبله . والواقع خلاف ذلك ، فقول المادة ٣١٤/ منى «اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ...» يستفاد منه التفرة بين الحوالة التى تنعقد قبل الحجز وتلك التى تنعقد بعده . ذلك أن توقيع الحجز تحت يد المحال عليه - كما يقول النص - يفترض وجود صفة المحال عليه فى الشخص الثالث قبل كونه محجوزا تحت يده ، كما أن توقيع الحجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير يستفاد منه كذلك افتراض وجود حوالة لم تصبح بعد نافذة فى حق الغير . وهكذا نرى أن حكم المادة ١/٣١٤ منى لا ينصرف الا للحوالة التى تنعقد قبل توقيع الحجز ، أما الحوالة التى تنعقد بعد الحجز فهى تصرف فى المال المحجوز لا يحتج به على الحاجز قبله^(١) .

(١) أنظر فى هذا الموضوع : عبد المنعم حملى - الحجز تحت يد البنوك - ١٩٦٤ ص ٢٦٤ وما بعدها .

الفصل الثانى

حوالة الدين

٢٥٣ - التعريف بحوالة الدين : هى اتفاق به ينتقل عبء الدين من المدين الأصلي الى شخص آخر . وحوالة الدين اما أن تتم باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه الذى يتحمل عنه الدين (وهذه هى الحالة الغالبة) ، واما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

٢٥٤ - انعقاد الحوالة ونفاذها : تنص المادة ٣١٥ منقذ على أنه تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، وتخضع الحوالة باعتبارها عقدا للقواعد العامة فى انعقاد العقود وصحتها ، ولا يشترط فيها أن ترد عن دين منجز ، بل قد يكون الدين مضافا الى أجل أو معلقا على شرط أو دينا مستقبلا^(١) .

أما عن نفاذ الحوالة قبل الدائن ، فالمادة ٣١٦ من القانون المنقذ تقضى بأن الحوالة لا تكون نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها . واذن فلا يكفى اعلان الدائن بحوالة الدين ، ذلك لأن الدائن لا يجبر على تغيير مدينه . فاذا أقر الدائن الحوالة فإن اقراره لا يعتبر قبولا ينعقد به عقد جديد ، بل يرد اقراره على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه ، ولهذا فالسائد أن للاقرار أثرا رجعيا يستند الى وقت انعقاد الحوالة^(٢) .

هذا واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة . هذا ماجرى به حكم المادة ٣١٦ / ٢ منقذ صراحة .

(١) أنور سلطان - النظرية العامة للاكترام ج ٢ ص ٣٠١ .

(٢) اسماعيل غانم - النظرية العامة للاكترام ج ٢٠ ص ٣٧١ .

٢٥٥ - آثار الحوالة : نفرق في ذلك بين علاقات ثلاث :

٢٥٦ - أولا - علاقة المحيل بالمحال عليه : للمتعاقدين - قبل اقرار الدائن للحوالة أو عند رفضها - كامل الخيار في تحديد الآثار التي تترتب على الحوالة . أما اذا سكنا عن ذلك فقد نصت المادة ٣١٧ مدنى على ما يأتى :

١ - ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة اقرارا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة .

ومقتضى حكم الفقرة الأولى من المادة ٣١٧ مدنى أن حوالة الدين وإن كانت غير نافذة فى حق الدائن لعدم إعلانه بها وقبوله لها إلا أنها تكون صحيحة ونافذة بين طرفيها ، ولأزم ذلك التزام المحال عليه بالوفاء بالدين فى الوقت المناسب وهو عادة وقت حلول الدين . وقد يتفق الطرفان على تحديد ميعاد آخر للوفاء . فإذا خلت الحوالة من النص على شىء فى هذا الخصوص فإنه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن ، سواء بوفائه الدين المحال به للدائن أو بتسليمه للمدين الأصلي ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه ، ومؤدى ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائما قبل المدين الأصلي فإن التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم^(١) .

أما اذا أقر الدائن الحوالة ، فإن آثارها تحددتها العلاقة السابقة بين المدين

(١) نفس مدنى ١٩٧٢/١/٢٠ - موسوعتنا للذهب ج ٦ فقرة ٢٨ .

الأصلى والمحال عليه . فقد يقصد المحال عليه من تحمل تبعة الدين أن يقرض المدين ما يعادل مبلغ الدين أو أن يتبرع له به أو غير ذلك .

٢٥٧ - ثانيا - علاقة الدائن بالمحال عليه : ليس للدائن ، قبل إقراره للحالة ، أى حق قبل المحال عليه . والإقرار كتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه (مادة ٩١ مدنى) . وعلى ذلك يكون لطرفى الحالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول هذا الإقرار الى أحدهما^(١) .

أما بعد إقرار الحالة ، واتصال الإقرار بعلم من وجه اليه ، فإن الدين ذاته ينتقل من المدين الأصلى الى المحال عليه ، ويصبح المحال عليه مدينا بنفس الدين قبل الدائن ، وذلك من تاريخ انعقاد الحالة بالتطبيق لفكرة الأثر الرجعى للإقرار^(٢) . ويترتب على ذلك عدة نتائج :

(أ) يظل دين المحال عليه قبل الدائن محتفظا بذات الصفات التى كانت لدين المدين الأصلى . من ذلك أن يكون معلقا على شرط أو مضافا الى أجل أو أن يكون تجاريا .

(ب) تبقى للدين المحال به تأميناته دون حاجة الى اتفاق خاص بذلك . ولكن لا يبقى كفيل المدين الأصلى - عينا كان أو شخصا - ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحالة (مادة ٣١٨/٢ مدنى) .

(ج) للمحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحالة (مادة ٣٢٠ مدنى) .

٢٥٨ - ثالثا - علاقة الدائن بالمحيل : يظل المدين الأصلى ملزما بالدين طالما لم يقر الدائن الحالة . أما اذا أقرها فتبرا ذمة هذا المدين

(١) أنور سلطان - المرجع السابق ص ٣٠٥ .

(٢) عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٢٧٩ .

حيث يلتزم المحال عليه بالدين بدلا منه . ولكن الغالب أن الدائن مكان ليرتضى اقرار الحوالة ، وبالتالي ابراء ذمة المدين الأصلي ، لو علم أن المحال عليه معسر ، لذلك نصت المادة ٣١٩ مدني على أن «المدين الأصلي يضمن أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ، مالم يتفق على غير ذلك» . معنى ذلك أن براءة ذمة المدين الأصلي معقودة ببسار المحال عليه وقت اقرار الحوالة^(١) مالم يتفق على غير ذلك .

٢٥٩ - الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه : قد تنعقد حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه مباشرة (مادة ٣٢١ مدني) ، ولا يشترط لانعقادها رضا المدين . واذا كان القانون لم يتطلب في مثل هذا الاتفاق شكلا خاصا فإنه يكفي أى تعبير عن الإرادة يدل على تراضى الطرفين واتجاه نيتهما الى أن يحل المدين الجديد محل المدين الأصلي في التزامه ولو كان هذا التراضى ضمنيا^(٢) .

ويترتب على الحوالة في هذه الحالة ، بالإضافة الى براءة ذمة المدين الأصلي أن ينتقل الدين ذاته الى المحال عليه بصفاته وضمائنه ودفعه^(٣) . أما في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه ، فإن المحال عليه ، مالم تكن نيته قد انصرفت الى التبرع بقيمة الدين الى المدين الأصلي ، يكون له الرجوع عليه بهذه القيمة .

(١) أنور سلطان - المرجع السابق ص ٣٠٧ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٦/٥/٣١ - مؤقتا المدنية والتجارية ٣٢/١٢/١٠ .

(٣) اسماعيل غاتم - المرجع السابق ص ٣٧٩ .

القسم الخامس

فى

انقضاء الالتزام

٢٦٠ - أسباب الانقضاء : قسم التقنين المننى المصرى الأحكام الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام الى ثلاث طوائف هى : (أولا) انقضاء الالتزام بالوفاء (ثانيا) انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . (ثالثا) انقضاء الالتزام دون وفاء .

ونتناول فى فصول ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء .

الفصل الأول

الوفاء

٢٦١ - ماهية الوفاء : الوفاء هو قيام المدين بالأداء الذى تعهد به على وجه يمكن الدائن من استيفاء حقه^(١) . وبذلك يختلف المعنى القانونى للوفاء عن معناه الدارج ، اذ يقتصر فى المعنى الأخير على النقود كمثل للالتزام الذى يوفى به .

٢٦٢ - طرق الوفاء : قد يقع الوفاء من المدين أو من الغير . كما أنه قد يتم للدائن أو لمن له صفة استيفاء الدين . ونتكلم فيما يلى أولا فى الموفى وثانيا فى الموفى له .

(١) عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٨ .

٢٦٣ - أولا - الموفى : الأصل أن المدين هو الذى يقوم بالوفاء . وقد ينوب عنه نائبه القانونى . كذلك يصح الوفاء من أى شخص آخر له مصلحة (مادة ٣٢٣ مدنى) ، الا اذا كان محل الالتزام عملا يجب بنص الاتفاق أو بحسب طبيعته أن ينفذه المدين بنفسه . فعندئذ يجوز للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من غير المدين (مادة ٣٢٣/٢ مدنى) .

وإذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفع^(١) . ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، اذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (مادة ٣٢٤ مدنى) .

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه . ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام اذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى (مادة ٣٢٥ مدنى) .

والوفاء بالدين الحاصل من الغير لا يبرىء ذمة المدين الا اذا اتجهت ارادة الموفى الى الوفاء بدين على غيره ، أما اذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر ذلك وفاء لدين على الغير وإنما لدين غير مستحق يجيز للموفى المطالبة باسترداد ما وفاه على أساس قاعدة دفع غير المستحق^(٢) .

(١) قضت محكمة النقض بأن المتبوع يستطيع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى ... وهذه الدعوى سواء كان أساسها الأثر بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضروب بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يقد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين . وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضروب وحده (نقض مدنى ١٩٧٩/٥/١٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول فقرة ١٤٠٥) .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٢٢ - مدونتنا المدنية والتجارية ١١٦/١٠/١٠ ، نقض مدنى ١٩٨٠/١/٢٧ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول فقرة ١٢٠٢ .

٢٦٤ - ثانياً - الموفى له : يجب أن يتم الوفاء للدائن أو لمن له صفة فى استيفاء الدين . أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام الا فى حالات استثنائية .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٣٢ منى بقولها يكون الوفاء للدائن أو لنائبيه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً . كما نصت المادة ٣٣٣ منى على أنه «اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبيه ، فلا ، أ نمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عانت عليه منفعة منه ، ويقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته» ولا يقصد هنا بحائز الدين من بيده سند الدين ، ولكن المقصود هو الدائن الظاهر ، أى الشخص الذى يبدو فى نظر الكافة انه صاحب الحق ثم يتضح بعد ذلك أن الدائن الحقيقى شخص آخر^(١) . ويقول الدكتور عبد الباسط جميعى إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر فى قيام مظهر له من الجسامة ما يكتفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقى ، أو بعبارة أخرى فى انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ فى اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم^(٢) .

واذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبيه لا يبرىء ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، فلن من أثر هذا الوفاء أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن كان فضولياً^(٣) .

٢٦٤ - مكرراً : الوفاء بقيمة الورقة التجارية : تنص المادة ١٤٤ من قانون التجارة على أن «من يدفع قيمة الكمبيالة فى ميعاد

(١) اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٢) عبد الباسط جميعى - الاوضاع الظاهرة - رسالة .

(٣) نقض منى ١٩٨٢/١/٣٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الثنى -قرة ٢٥٢٦ .

استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد في ذلك يعتبر دفعه صحيحاً . .
ويسرى حكم هذه المادة على الوفاء بقيمة الشيكات وهو مايعبر عنه
بقرينة صحة الوفاء ، ومؤداها أن المسحوب عليه الذى يدفع قيمة
الورقة التجارية فى موعد استحقاقها بحسن نية ودون خطأ منه يعتبر
وفاؤه صحيحاً ولو اتضح أنه فى الواقع حصل لشخص لاحق له فيه .

ومع ذلك فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن نمة البنك
المسحوب عليه الشيك لا تبرأ قيل عميله (الساحب) الذى عهد إليه
بأمواله إذا وفى البنك بقيمة شيك منيل من الأصل بتوقيع مزور عليه ،
لأن هذه الورقة - على حد تعبير محكمة النقض - لم يكن لها فى أى
وقت صفة الشيك أو الكمبيالة لفقدائها شرطاً جوهرياً لوجودها هو التوقيع
الصحيح للساحب ومن ثم فلا تقوم القرينة المقررة فى المادة ١٤٤ من
القانون التجارى التى تفترض صحة الوفاء الحاصل من المسحوب
عليه ، ويعتبر وفاء البنك بقيمة هذه الورقة غير صحيح لحصوله لمن
لا صفة له فى تلقيه ، وبالتالي فلن مثل هذا الوفاء - ولو تم بغير خطأ
من البنك - لايرىء نمة قبل العميل ولا يجوز قانوناً أن يلتزم هذا
العميل بمقتضى توقيع مزور لأن الورقة المزورة لا حجية لها على من
نسبت إليه . ونتيجة لهذا فلن تبعة الوفاء تقع على البنك أيا كانت درجة
اتقان التزوير ، وذلك كله بشرط عدم وقوع خطأ من جانب العميل
الوارد اسمه فى الصك وإلا تحمل هو تبعة خطئه^(١) .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فلن القانون التجارى لم يقنع
بثبوت صفة الدائنية أو النيابة لطالب الوفاء بقيمة كمبيالة ، بل اقتضى
أن يكون هذا الطالب حاملاً للكمبيالة ، ويعنى هذا وجود الكمبيالة فى
حيازة طالب الوفاء ، وأبولتها إليه بطريق من طرق التداول التجارية
(المناوله إذا كانت الكمبيالة لحاملها والتظهير إذا كانت إنذية) . كما أن الوفاء
بقيمة الكمبيالة يوجب على المدين فيها أن يستردها من الدائن مستلم الوفاء

(١) نقض مدنى ١٩٦٧/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى ١٨ من ١٩٦٣ .

حتى لا تؤول بعد ذلك إلى حامل حسن النية يستطيع المطالبة مرة ثانية بقيمتها . وهذا حق تخوله له القواعد العامة (مادة ١/٣٤٩ مدنى) .

٢٦٥ - محل الوفاء : القاعدة أن محل الوفاء هو عين ما التزم به المدين . نصت على ذلك المادة ٣٤١ مدنى بقولها «الشيء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى» ، وأضافت المادة ١٤٢ تجارى أنه ويلزم دفع قيمة الكمبيالة من صنف النقود المبينة فيها .

ولكن لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (مادة ١/٣٤٢ مدنى) . ومن الأمثلة على نصوص القانون التى أجازت تجزئة الوفاء أنظر : المادة ٢/٣٦٥ مدنى بالنسبة للمقاصة ، المادة ٧٩٢ مدنى بالنسبة للدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء ، المادة ٢/٣٤٦ مدنى بالنسبة لنظرة الميسرة ، وأيضا المادة ١٥٥ تجارى بالنسبة للوفاء الجزئى بقيمة الكمبيالة .

أما إذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء (مادة ٢/٣٤٢ مدنى) .

وإذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (مادة ٣٤٣ مدنى) . أما إذا تعددت الديون فى ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين (مادة ٣٤٤ مدنى) . فإذا لم يتعين الدين على الوجه المتقدم ، كان الخصم من حساب

الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن (مادة ٣٤٥ منى) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى نعمة المالك لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد^(١) . وأن نعمة المدين لا تبرا بمجرد إرسال حوالة بريدية بقيمة الدين بل بقبض قيمتها فعلا وعلى المدين اثبات ذلك^(٢) .

٢٦٦ - زمان ومكان الوفاء . إذا لم يكن الالتزام مضافا الى أجل واقف أو معلقا على شرط واقف ، وجب الوفاء به فورا بمجرد نشوئه . على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية - إذا لم يمنعه نص فى القانون - أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . وهذه هى نظرة الميسرة^(٣) (مادة ٢/٢٤٦ منى) .

وعن مكان الوفاء تقضى المادة ٣٤٧ منى بأنه إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت

(١) نقض منى ١٩٥٧/٦/١٣ - مجموعة المكتب الفنى ٨ ص ٥٧٦ . والسائد أن حامل الورقة التجارية الذى يفوت ميعاد تحرير البروتستو اعتمادا على شيك تلقاه من المدين فى ميعاد الاستحقاق ، يتعرض لمسقوط حقه فى الرجوع إذا توافرت شروط هذا المسقوط وتمسك به الضمان (أمين بدر - الأوراق التجارية - ١٩٥٣ ص ٢٣٢) .

(٢) نقض منى ١٩٦٩/١/٣٠ - المرجع السابق ٢٠ ص ٢٢٣ .

(٣) والمقرر فى قضاء محكمة النقض أن منح المدين نظرة الميسرة هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه (نقض منى ١٩٦٨/٥/١٦ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ٤٢١) ، وأن القاضى غير ملزم بأن يسوق من الأسباب ما يبرره به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها (نقض منى ١٩٦٩/١/١١ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ ص ١١٩٣) .

نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . وهكذا نجد القاعدة التي تحكم مكان الوفاء هي أن على الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به ، أي أن «الدين مطلوب لا محمول» . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على مكان الوفاء وجب على البائع متى حل موعد استحقاق الثمن أن يسعى إلى موطن المشتري لمطالبته بالوفاء . فإذا لم يتحقق هذا السعي من جانب البائع وتمسك المشتري بحقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه كان امتناع المشتري عن الوفاء في موطن البائع مشروعاً ولا يكون ذلك اخلاً منه بالالتزامه^(١) .

٢٦٧ - نفقات الوفاء : تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (مادة ٣٤٨ منى) . ومن نصوص القانون التي تقضى بتحمل الدائن بنفقات الوفاء المادة ٣٣٥ منى وهي تجعل نفقات العرض والإيداع على الدائن .

٢٦٨ - إثبات الوفاء : القاعدة أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين . وأنه يثبت بالطرق التي يثبت بها قيام الالتزام ، فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرين جنيتها ، والا جازت شهادة الشهود والقرائن^(٢) . غير أن القانون المنى أورد نصاً خاصاً في إثبات الوفاء يقضى في المادة ٣٤٩ منى بأن لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين

(١) نقض منى ١٩٨٦/١٢/٢ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث - فقرة ٥٢٤ .

(٢) نقض منى ١٩٥٤/١٠/٢٨ - مجموعة المكتب الفني ٦ ص ٥٥ ، ويعرض هذا الحكم لحالة الاستناد في إثبات براءة ذمة المدين من الدين إلى واقعة مالية لا إلى تصرف قانوني .

أو الغاءه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضيايع السند . فإذا رفض الدائن القيام بذلك ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق ايداعا قضائيا .

٢٦٩ - أعذار الدائن والعرض الحقيقي : للمدين ولا شك مصلحة في أن تبرأ ذمته من دينه . وقد يحول دون ذلك تعنت الدائن . وقد حدد المشرع الطريق الواجب للتغلب على هذا التعنت فنص في المادة ٣٣٤ مدني على أنه «إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي» .

فإذا تم اعذار الدائن في الحالات وعلى النحو المتقدم ترتبت عدة آثار لمصلحة المدين خلاصتها : تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، وقف سريان الفوائد ، تخويل المدين حق اتخاذ اجراءات العرض الحقيقي والايداع ، جواز مطالبة الدائن بتعويض المدين عن الضرر الذي يلحقه .

على أن للمدين أن يوفى بدينه عن طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ، كأن يجهل المدين شخصية الدائن أو موطنه أو يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء أو يكون الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص (مادة ٣٣٨ مدني) .

٢٦٩ مكررا - المعارضة في الوفاء بقيمة الورقة التجارية : تنص المادة ١٤٨ تجاري على أنه «لا تقبل المعارضة في دفع قيمة الكمبيالة إلا في حالة ضياعها أو تغليس حاملها» . ويهدف هذا النص إلى تدعيم الثقة في الكمبيالة (أو الورقة التجارية عموما) كأداة للوفاء تجرى في المعاملات مجرى النقود ، كما يهدف أيضا إلى حماية الحامل من

العر اقل التي قد تؤخر استيفاء حقه الثابت في الكمبيالة . ويجرى العمل في البنوك على أنه متى تلقى البنك معارضة من صاحب الشيك في الوفاء بقيمة هذا الشيك فإنه يجب على البنك أن يطيع الأمر دون فحص أسباب المعارضة . وتبرر البنوك تصرفها هذا بأنها ليست قاضية وأنها لامصلحة لها في الخلاف الذي قد يقوم بين الساحب (العميل) والمستفيد ، وأن عليها أن تحتفظ بقيمة الشيك بحساب أمانات باسم الاثنين يصرف لمن يستحق الصرف إليه قانونا مهما سواء بالاتفاق أو بحكم القضاء^(١) و^(٢) .

٢٧٠ - الوفاء مع الحلول : نص القانون في بعض الحالات التي للغير فيها مصلحة في الوفاء بالدائن ، على حلول الموفى محل الدائن . فيكون له بجانب دعواه الشخصية أن يرجع على المدين بنفس الحق الذي كان للدائن ، ويستطيع بذلك أن يستفيد من التأمينات الضامنة لهذا الحق . وفي غير الحالات التي يتم فيها الحلول بقوة القانون ، أجاز المشرع الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين ، فنص في المادة ٣٢٧ منى على أن للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق^(٣) مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء^(٤) . كما نص أيضا في

(١) أنظر في هذا الموضوع بالتفصيل: على جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - ١٩٨٩ ص ١٢٦ ومابعدا .

(٢) والمقرر في مجال المسئولية الجنائية عن المعارضة في الوفاء بقيمة الشيك أن يدخل في حكم الضياع المرققة والحصول على الشيك بطريق التهديد وحالتي تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب (نقض جنائي ١٩٨٢/٤/٢٩ - مؤننتا الذهبية - العدد الثاني فقرة ١١٢٥) .

(٣) ولا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص ، كما يخضع في إثباته للقواعد العامة (نقض منى ١٩٧٧/٣/٢٢ - مؤننتا الذهبية جـ ٣ فقرة ٢٤٢) .

(٤) والمقصود بهذه الفقرة درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه فيتفقان خطأ على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتين متأخر في المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء (نقض منى ١٩٧٧/٣/٢٢ - المرجع السابق فقرة ٢٤٠) .

المادة ٣٢٨ مدنى على أنه يجوز للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد (يراعى ما تقضى به المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى من أنه لا يحتج فى مواجهة الغير بالحلول فى حق مضمون برهن الا اذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى) .

أما عن الحلول بقوة القانون فقد تحدثت حالاته على سبيل الحصر فى المادة ٣٢٦ مدنى التى تقضى بأنه اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

- (أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه .
- (ب) اذا كان الموفى دائنا وفى دائنا آخر مقما عليه بماله من تأمين عينى . ولو لم يكن للموفى أى تأمين .
- (ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .
- (د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول (أنظر على سبيل المثال : المادة ١٥٨ من القانون التجارى) .

هذا ويترتب على الحلول - الاتفاقى والقانونى - آثار معينة نصت على القاعدة العامة فيها المادة ٣٢٩ مدنى بقولها من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا من خصائص^(١) ، وما يلحقه من

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان القرض - للمكفول - عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه فإن التكفل الموفى يحل محل الدائن الأصلى فيه ، بما له من خصائص ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للتكفل أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها (نقض مدنى ١٩٦٨/١/٢٥ - موسوعتنا الذهبية ج ١ فقرة ١٤٧٩) .

ومن الخصائص فيما نحن بصدده أن يكون الحق جائزا استيفاءه بطرق استثنائية ، -

توابع وما يكفله من تأمينات^(١) ، وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن . غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات معينة لا يكون فيها الحل كاملاً . ويمكن أرجاع أهم هذه الاستثناءات الى أمرين : أحدهما الوفاء الجزئى ، والآخر الوفاء من أحد الملتزمين بالدين .

فبالنسبة لحالة الوفاء الجزئى : نصت المادة ٣٣٠ منى على أنه اذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء مابقى له من حق مقدماً على من وفاه ، مالم يوجد اتفاق بقضى بغير ذلك . فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرام .

أما عن الوفاء من أحد الملتزمين بالدين ، فانه لا يرجع على الباقي الا بقدر حصة كل منهم فى هذا الدين (مادة ٢٩٧ منى) . ووجه الاستثناء فى ذلك أنه لو كان الحل كاملاً لرجع الموفى على أنه من الملتزمين معه بكل الدين بعد استئزال نصيبه فيه .

ويكون للمدين فى حالة الرجوع عليه بدعوى الحل أن يتمسك فى

= فالمستحققات المنصوص عليها فى المادة الأولى من قانون الحجز الإدارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ يجوز سلوك إجراءات الحجز الإدارى فى سبيل تحصيلها ، ومؤدى نص المادة ٣٢٩ منى أن يحل الموفى لأى من تلك المستحققات محل الدائن الأصلي فيكون له - نتيجة لهذا الحل - أن يملك إجراءات الحجز الإدارى لتحصيل حقوقه ولا يحد ذلك قياساً على نصوس استثنائية قررها القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وإنما هو محض تطبيق لأثار الوفاء والحلول .

(٢) قضت محكمة النقض بأن حائز العقار المرهون ملزم بالدين عن المدين . ويبنى على وقائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن حوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحل الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحل انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه (نقض منى ١٩٧١/٣/٢٥ - موسوعتنا الذهبية جـ ٣ فقرة ٥٦١) .

مواجهة الموفى بالدفع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن .
ومن ذلك أن يتمسك بانقضاء حق هذا الدائن بالتقادم الثلاثى المقرر فى
المادة ١٧٢ من القانون المدنى ، وذلك على أساس أنه انقضى على علم
المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المعنول عنه أكثر من ثلاث
سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وباعتبار
أن رفعه الدعوى على الموفى لا يقطع التقادم بالنسبة إليه ، والتقادم هنا
لا يرد على حق الموفى فى الرجوع على المدين وإنما على حق الدائن
الأصلى الذى انتقل إلى الموفى بحلوله محل الدائن والذى يطالب به
الموفى المدين ، ذلك لأن الموفى حين يوفى بالتعويض للدائن
المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق
بما يرد عليه من دفع (١) .

(١) نقض مننى ١٩٧٩/٥/١٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فترة ١٣٩٩ .

الفصل الثانی

ما يعادل الوفاء

٢٧١ - تقسيم : ينقضى الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية :

- ١ - الوفاء بمقابل .
- ٢ - التجديد والاثابة .
- ٣ - المقاصة .
- ٤ - اتحاد النمة .

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٢٧٢ - تعريفه والأركان التى يقوم عليها : الوفاء بمقابل - أو الاعتياض - هو قبول الدائن من المدين فى استيفاء حقه شيئا آخر خلاف الشيء المستحق أصلا . وقد عبرت عن ذلك المادة ٣٥٠ مننى بقولها « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » . ونستخلص من ذلك أن هناك ركنين للوفاء بمقابل :

الركن الأول : اتفاق بين الدائن والمدين - أو مع غير المدين - على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين الى الدائن . ويفرض القانون فى الدائن اذا قبل الوفاء بمقابل أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء ، الى أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .

والركن الثاني : تنفيذ الاتفاق المتقدمة بنقل الملكية فعلا ، فقبلاً ذمة المدين . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصى^(١) .

٢٧٣ - آثار الوفاء بمقابل : يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ولم ترد هذه الأحكام في المادة ٣٥١ منى على سبيل الحصر ، وإنما وردت على سبيل التمثيل فحسب .

كما يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات . على أن الوفاء بشيء غير المتفق عليه أصلاً يتضمن خطراً بالنسبة لحامل الورقة التجارية متى حصل في فترة الرية ، إذ أن المادة ٢٢٧ تجارى ته جب بطلان الوفاء الحاصل من المدين في فترة الرية بغير الشيء المتفق عليه ، ويستتبع هذا البطلان عدم الاحتجاج على التقليلة بهذا الوفاء وقدرة وكيل الدائنين على استرداد محل الوفاء من الحامل الذى يرتبط حظه بعد ذلك بحظ سائر الدائنين .

المبحث الثانى

التجديد والائابة فى الوفاء

٢٧٤ - تعريف التجديد وشروطه : تجديد الدين هو الاتفاق على أن يستبدل بالتزام قديم التزام جديد يقوم مقامه . ويشترط لى يتحقق التجديد توافر ثلاثة شروط :

(١) نقض منى ١٩٤٣/٤ - مجموعة عمر ٤ من ٩٥ .
٢٤٠

أولاً - تعاقب التزامين : يجب حتى يتم التجديد أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان ، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خال هو أيضا من أسباب البطلان وقد عبّرت عن هذا الشرط المادة ٣٥٣ بقولها :
١ - لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان . ٢ - أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا من عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وأن يحل محله . أما اذا كان الالتزام الجديد هو القابل للإبطال ، فان التجديد يظل قائما حتى يقضى ببطلان الالتزام^(١) .

ثانيا - اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر : نصت على ذلك المادة ٣٥٢ منى بقولها : يتجدد الالتزام : أولاً - بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره . ثانيا - بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي . وعلى أن تبرأ نمة المدين الأصلي دون حاجة الى رضائه ، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه متى كان لا حاجة لرضاء المدين الأصلي لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه فان علم المدين الأصلي بالتجديد لا يكون لازما لحصوله^(٢) . ثالثا - بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين والأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

ثالثا - نية التجديد : لا بد أن تنصرف ارادة المتعاقدين الى التجديد، أى الى انشاء التزام جديد يقوم مقام الالتزام القديم. غير أن تلك الارادة لافتراض، بل يجب أن يتفق عليها صراحة أو أن تستخلص بوضوح

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥ .

(٢) نقض منى ١٣/٥/١٩٦٥ - مجموعة للمكتب الفنى ١٦ ص ٥٨٣ .

من الظروف . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن التجديد لا يفترض ولا يقتضى أن ينص عليه صراحة في العقد بل إنه يقوم أيضاً إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف^(١) .

على أن التجديد - وكما تشير المادة ٢/٣٥٤ مدنى - لا يستفاد من مجرد كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة . كل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ومن تطبيقات القضاء أن مجرد تغيير طريقة الدفع أو تحرير سند رسمي بدل آخر عرفي أو تأجيل الوفاء أو تسويله لا يعتبر تجديدًا للتعهد^(٢) .

كما لا يكون تجديدًا كذلك مجرد تقييد الالتزام في حساب جار ، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٣٥٥ مدنى) .

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/٥/١٣ - مشار إليه .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٢/٤/١٠ - مجموعة المكتب الفنى ٢٤ ص ٥٧٠ ، وأيضاً : نقض مدنى ١٩٦٥/٦/١١ جاء به أن الوصف التجارى للدين يبقى ملازماً له ولو أثبت في سند جديد مالم يتفق الطرفان صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف أن القصد من تغيير السند هو تجديد الدين باستبدال دين مدنى به . وقضى كذلك بأنه إذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حله محل المدين في الوفاء باللدين وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقي تنازلاً معلقاً على شرط فاصح هو سداد ذلك الجزء في ميعاد معين ، بحيث إذا لم يتم السداد في الميعاد عاد للدائن حقه في مطالبة المدين الأصلي بجميع الدين ، وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على اتفاق امرأته على تجديد الدين بتغيير المدين تجديدًا من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلي فإن الاتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما على إثابة قاصرة لتضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي ، ولا تبراها ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما باللدين ، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد في هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن حصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجريد (نقض مدنى ١٩٦٢/٤/٢٨ - موسوعتنا الذهبية ج ٣ فقرة ٥٩٤) .

٢٧٥ - آثار التجديد : يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ولكن التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي لا تنتقل الى الالتزام الجديد الا بنص في القانون أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك (مادة ٣٥٦ منى) .

فاذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية :

أ - اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير ، أى في حدود الالتزام الأصلي^(١) .

ب - اذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون حاجة الى رضا المدين القديم . وهكذا يصبح المدين القديم بمثابة كفيل عيني للمدين الجديد^(٢) .

ج - اذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقا على استبقاء التأمينات .

ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل (مادة ٣٥٧ منى) .

أما التأمينات التي تقدم من الغير ، كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن ، فلا تنتقل بالتجديد الا برضاء هذا الغير كفيلا كان أو مدينا

(١) السنهوري - الوسيط ٣ ص ٨٥٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٥٢ .

متضامنا . ويجوز أن يصدر هذا الرضا بعد انقضاء التجديد في غير
اخلال بحقوق الغير (مادة ٣٥٨ مدني)^(١) .

٢٧٦ - تعريف الانابة في الوفاء : هي عمل قانوني يفترض
وجود ثلاثة أشخاص ، فهي تتم اذا حصل المدين على رضا الدائن
بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين (مادة ١/٣٥٩ مدني) .
فالمدين قد أناب الأجنبي في وفاء الدين للدائن . لذلك كان المدين منيبا ،
والأجنبي منابا ، والدائن منابا لديه . وليس من الضروري أن يكون
المناب لديه طرفا في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب بل يكفي
قبوله الانابة ، كما أنه ليس لهذا القبول شكل خاص أو وقت معين^(٢) .

وإذا كان الغالب أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب)
والأجنبي (المناب) ، غير أن ذلك ليس شرطا في الانابة (مادة ٢/٣٥٩
مدني) .

٢٧٧ - الانابة الكاملة والانابة الناقصة : الانابة الكاملة يرى
فيها المناب لديه أي الدائن ذمة مدينه المنيب ، ويرتضي المناب مدينا
بدله ، ولذا فهي تتضمن تجديدا بتغيير المدين . وقد تتضمن في نفس
الوقت تجديدا بتغيير الدائن اذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب
والمناب . ولكن يشترط لترتيب آثار الانابة الكاملة من حيث براءة ذمة
المدين الأصلي أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب لديه
صحيحا وألا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

أما الانابة الناقصة - وهي الغالبة في العمل - فلا يرى فيها الدائن
(المناب لديه) ذمة مدينه المنيب ، بل يقبل المناب كمدين آخر ، فيكون

(١) المتكررة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
س ٢٥٩ .

(٢) نقض مدني ١٢/٢/١٩٥٩ - مجموعة المكتب الفني ١٠ ص ١٤٣ .

له مدينان عوضا عن مدين واحد ، لأن التجديد لا يفترض فى الاتابة
(مادة ٢/٣٦٠ مدنى)^(١) .

وسواء كانت الاتابة كاملة أو ناقصة فإن التزام المناب قبل المناب
لديه التزام مجرد عن السبب . وفى ذلك قول المادة ٣٦١ مدنى «يكون
التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المناب باطلا
أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب الا حق
الرجوع على المناب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره» .

المبحث الثالث

المقاصة

٢٧٨ - تعريف المقاصة وشروطها : المقاصة طريقة مبسطة
للوفاء بالدينون ، اذ بها يوفى المدين بدينه ويستوفى الدائن حقه بمجرد
القيام بعملية حسابية . ودون نقل نقود من مكان لآخر^(٢) .

وقد عرضت المواد ٣٦٢ - ٣٦٤ من القانون المدنى المصرى
للشروط اللازمة لوقوع المقاصة القانونية (وهى التى تقع بحكم القانون
بمجرد تحقق شروطها) . وفيما يلى نتعرض بايجاز لهذه الشروط .

الشرط الأول - أن يكون الدينان بين نفس الشخصين : ويعبر عن
ذلك باشتراط التقابل بين الدينين . أى أن يكون كل من طرفى المقاصة
مدينا بشخصه للآخر وفى الوقت ذاته دائئا بشخصه له ، فيقابل
الدينان ، وينقصيان بالمقاصة . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه لاتجوز

(١) أنظر فى تكييف خطابات الضمان المصرفية باعتبارها ائابة ناقصة : فتوى
الجمعية العمومية بمجلس الدولة فى ١٩٦٤/٤/٢ - مدونتنا المدنية والتجارية
٢٢/١٤/١٠ .

(٢) عبد الحى حجازى - النظرية العامة للائتمان ج ٢ ص ٩٧ .

المقاصة من دين على الوصى شخصيا لمدين القاصر المشمول بوصايته ، ولا فى دين على القاصر لمدين الوصى عليه . ولا فى دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو تكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين تركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائنى التركة^(١) .

ولما كانت المقاصة القانونية واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا ، فأنها تقع ولو كان أحد الطرفين أو كليهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء^(٢) .

الشرط الثانى - التماثل فى المحل ما بين الدينين : وقد عبّرت عن ذلك المادة ٣٦٢ مدنى بقولها : ... إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة .. والسبب فى ذلك هو أن يكون بإمكان كل طرف أن يستوفى حقه بالمقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء .

الشرط الثالث - خلو الدينين من النزاع الجدى : ويعتبر الدين كذلك إذا كان ثابتا أى مؤكدا ، ومقدرا أى معلوم المقدار . وقد قضى بعدم جواز المقاصة بين دين ثابت بحكم نهائى ودين ثابت بحكم ابتدائى لاحتمال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله^(٣) . وبأن تقدير وجه الجد فى المنازعة فى الدين من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة^(٤) .

هذا وتجوز المقاصة إذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على عملية حسابية بسيطة عناصرها ثابتة لا خلاف عليها .

(١) نقض مدنى ١٠/٢٢/١٩٣٦ - مجموعة عمر ١ من ١١٦٧ .

(٢) المنهورى - الوسيط ج ٣ ص ٨٩٠ .

(٣) سواهج ١٨/٣/١٨٩٩ - الحقوق ١٤ ص ١٠٠ .

(٤) نقض مدنى ١/٩/١٩٨٣ - محولتنا الذهبية - العدد الثانى فترة ٢٢٤٠ .

الشرط الرابع - استحقاق الدينين للأداء: فالمقاصة وفاء اجبارى ، ولا يجبر المدين على الوفاء الا عند استحقاق الدين . ولهذا تمتنع المقاصة اذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف ما لم يتحقق الشرط ، أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بعد . ولكن نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى أو المهلة التى يتبرع بها الدائن لا تحول أيهما دون وقوع المقاصة . (مادة ٣٦٢ / ٢ منى) كما أن اختلاف مكان الوفاء فى الدينين ليس مانعا من المقاصة (مادة ٣٦٣ منى) . ولكن يجب تعويض الدائن عما يلحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك .

الشرط الخامس - صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء : فلا تقع المقاصة اذا كان أحد الالتزامين التزاما طبيعيا ، أو كان قد مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالمقاصة^(١) .

٢٧٩ - الديون التى لا تجوز فيها المقاصة : تنص المادة ٣٦٤ منى على أن المقاصة تقع فى الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده .

(ب) اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

(ج) اذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز . وهكذا لا تجوز المقاصة بين حق رب العمل فى نمة العامل وحق العامل فى التعويض عن اصابات العمل^(٢) .

(١) المنهوى - الوسيط جـ ٣ ص ٨٩٢ .

(٢) محمد حلمى مراد - قانون العمل جـ ٢ ص ٥٣٣ وملاحقا .

غير أن النص في قانون العمل على وقوع المقاصة القانونية بين أجر العامل وبين دين صاحب العمل في حالة القرض أو تعويض الائتلاف لا يمنع من جواز تلك المقاصة وفقا للقاعدة العامة بين ديون صاحب العمل الأخرى وبين أجر العامل بالقدر القابل للحجز عليه في هذا الأجر^(١).

٢٨٠ - شهر الإفلاس والمقاصة في الحساب الجارى : تقضى القواعد العامة بأن إفلاس أحد طرفي الحساب الجارى يؤدي إلى قفل الحساب وسقوط الأجل . ومؤدى ذلك أنه إذا كشف الحساب الجارى عن مديونية الطرف غير المفلس كان عليه أن يفى بدينه للتقليسة ، أما إذا كشف الحساب عن مديونية الطرف المفلس فكان الواجب على الطرف الآخر أن يفى بما عليه في الجانب المدين إلى التقليسة ويطالب التقليسة بما له في الجانب الدائن حيث يتعرض في ذلك إلى مزاحمة سائر دائني المفلس .

ولكن القضاء والفقه استقرا على عكس ذلك مراعاة لصالح الطرف الذى كان مع المفلس في علاقة حساب جار . ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة بقولها : «إذا كان المبدأ يقضى أن شهر الإفلاس يمنع كل مقاصة بين حقوق المفلس وديونه فإنه استثنى من هذا المبدأ بالضرورة حالة ما تكون العمليات التى أدت إلى نشأة هذه الحقوق والديون مرتبطة فيما بينها برابطة قوية بحيث يعتبر تنفيذ أحدها مقابلا لتنفيذ الآخر ، وهى حالة الحساب الجارى الذى يؤدي إفلاس أحد طرفيه إلى قفله ، فلا يسمح - فى خصوصه - لوكيل التقليسة أن يستخرج من الحساب حقوق المفلس ويطلب الوفاء بها كاملة فى حين لايقبل أن يدفع من ديونه إلا نصيبا كبقية الديون التى عليه»^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٢/٢٠ - مدونتنا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ٢٢٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٩١٣/١٢/٢٦ - البلتان ٢٦ ص ٤٨ - وفى نفس المعنى :

محسن شفيق - الإفلاس ص ٣٥٠ ؛ السنهاوى - الوسيط ج ٣ ص ٨٧٤ و ٨٧٥ .

٢٨١ - آثار المقاصة : اذا وقعت المقاصة - وهى لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها (مادة ٣٦٥ / ١ مدنى) - انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، انقضاء يستند أثره الى الوقت الذى أصبحا فيه صالحين للمقاصة ، لا من وقت التمسك بها . ويترتب على ذلك أنه اذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد اكتملت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة (مادة ٣٦٦ مدنى) . كما أنه اذا كان أحد الدينين يغل فائدة ، فلا تحسب هذه الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها .

هذا عن آثار المقاصة فيما بين المتعاقدين ، أما عن آثارها بالنسبة الى الغير فقد نصت المادة ٣٦٧ مدنى على أنه لا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير . وتطبيقاً لذلك اذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز^(١) .

كما أنه اذا حوّل الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل ، أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (مادة ٣٦٨ مدنى) .

ومع ذلك فالمقرر أن للمدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه اذا كان هذا الحق الذى يقاوم دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده^(٢) .

(١) أنظر فى هذا الموضوع : عبد المنعم حسنى - الحجز تحت يد البنوك - ١٩٦٤

ص ٢٨٨ .

(٢) المنهوى - الوسيط ج ٣ ص ٩٣٠ حاشية ٣ .

٢٨٢ - المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية : كان حديثنا حتى الآن عن المقاصة القانونية التي تتم وتحدث آثارها فور توافر الشروط المقررة قانونا . ولكن تلك الشروط قد لا تتوافر جميعها ، وعندئذ قد تقع المقاصة بالاختيار ، بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معا ، وفقا لما اذا كان الشرط المتخلف لوقوع المقاصة القانونية قد قصد به مصلحة أحدهما فقط أو مصلحتهما معا .

أما المقاصة القضائية فهي التي يجريها القاضى اذا تخلف شرط الخلو من النزاع اللازم لوقوع المقاصة القانونية . ولأنها كذلك يجب أن يستند أثرها الى وقت توافر هذا الشرط ، وهو يعتبر متوافرا من تاريخ رفع الدعوى لأن أحكام القضاء كاشفة للحقوق وليست منشئة لها^(١) .

المبحث الرابع اتحاد الزمة

٢٨٣ - التعريف باتحاد الزمة وحالاته : اتحاد الزمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة الى دين واحد . وهو يتحقق فى صور عدة منها :

(أ) عن طريق الميراث . عندما يكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو فى الوقت ذاته وارثه . فإذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . أما اذا حدث العكس بأن ورث الدائن مدينه ، فإن مؤدى أحكام الشريعة الاسلامية التي تحكم الميراث أن الدائن وإن ورث المدين الا أنه لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين ، لما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة الا بعد سداد الديون مما يقتضاه أن تبقى أموال التركة منفصلة عن مال الوارث (الدائن)

(١) أنور سلطان - المرجع السابق ص ٣٩٦ .

(٢) نقض منى ١٣/٥/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ ص ٧٦٩ .

حتى تسدد الديون التي عليها ومن بينها دينها له . وبعد ذلك يرث وحده أو مع غيره الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقض دينه باتحاد الزمة بالنسبة لنصيبه الميراثي^(١) .

(ب) عن طريق الوصية . كما لو أوصى الدائن لمدينه بثلاث تركته فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصي مدينا للتركة بالدين وموصى له بثلاث التركة ، فينتقل اليه من الدين ثلثه ويكون مدينا به بحكم المديونية المابقة ودائنا له بحكم الوصية ، فتتحد الزمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلثاه في نعمة دينا للتركة .

(ج) عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٩ من القانون المدني بقولها «إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فلمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع» .

ومن تطبيقات محكمة النقض فيما نحن بصدد أن اتحاد الزمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين ، ومن ثم فإن اجتماع صفتي المستأجر والمشتري للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الزمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقض بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع في المشتري بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر . أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من الباطن) واخوته من المالكة الأصلية العين المؤجرة منها للطاعن (المستأجر الأصلي) قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية في الإجارة الصادرة منها إلى الطاعن دون حلولهم محل الطاعن في الإجارة الصادرة منه إلى المطعون عليه فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه

(١) نقض مني ١٩٦٩/٥/١٣ - مجموعة المكتب الفني ٢٠ ص ٧٦٩ .

حالة اتحاد ذمة تنتهي بها الإجارة الصادرة من الطاعن للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتي المستأجر والمؤجر في هذه الإجارة بذاتها في شخص المشتري ، ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة ولو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجر من الباطن ، وليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون المستأجر هو المالك . وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الأيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استنادا إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون^(١) .

٢٨٤ - آثار اتحاد الذمة : تنص المادة ٣٧٠ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .

٢ - فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى نوى الشأن جميعا . ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن .

(١) نقض منى ١٩٦٣/٦/٢٧ - المرجع السابق ١٤ من ٩٢٨ .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

٢٨٥ - تقسيم : ينقضى الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة هي : الإبراء ، استحالة التنفيذ والتقادم الممقط .
ونعرض فيما يلي لهذه الأسباب كل منها في مبحث مستقل .

المبحث الأول

الإبراء

٢٨٦ - تعريف الإبراء وشروطه : هو تصرف قانوني من جانب واحد هو الدائن يقصد به القضاء على الالتزام وبالتالي براءة ذمة المدين . وقد عرضت المادة ٣٧١ من القانون المدني للإبراء بقولها «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده» .

ويتميز الإبراء بميزتين جوهريتين :

الأولى - أن الإبراء يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن . أى لا يشترط للإبراء رضا المدين . ولأن الإبراء هو تعبير عن الإرادة موجه الى المدين فهو لا ينتج أثره الا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم المدين (وهذا تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٩١ من القانون المدني) . ويكون للمدين اذا رأى فى الإبراء مساسا بكرامته ، أن يرده ، فينعدم أثره ويبقى الالتزام قائما^(١) .

الثانية - أن الإبراء يعتبر من أعمال التبرع . فالدائن ينزل عن حقه دون عوض ولذلك تسرى عليه الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع (مادة ١/٣٧٢ مدنى) . أما عن شكل الإبراء فلا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توفر شكل فرضه

(١) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٤٢٩ و ٤٣٠ بالحاشية .

القانون أو اتفق عليه المتعاقدان (مادة ٣٧٢ / ٢ مدنى) . ومن ثم لا تشترط الرسمية فى الإبراء الصادر من الموهوب له فى عقد الهبة ، رغم أن الرسمية ركن فى الهبة .

٢٨٧ - آثار الإبراء : إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذى فى ذمته ، انقضى هذا الدين ، وبرت ذمة المدين . وتنقضى أيضا تأمينات الدين ، سواء كانت شخصية كالكفالة (مادة ٧٨٢ مدنى) أو عينية كالرهن .

هذا وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، الا اذا صرح الدائن بذلك . فاذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين (مادة ٢٨٩ مدنى) .

أما اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من مجرد التضامن . فانه حقه يبقى فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٢٩٠ مدنى) .

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

٢٨٨ - متى تتحقق استحالة التنفيذ : تنص المادة ٣٧٣ مدنى على أن «ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لمسبب أجنبى لا يد له فيه» . وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه يترتب على نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة للعامة انفساخ عقد الايجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لمسبب أجنبى^(١). وأن قيام الحرب

(١) نقض مدنى ١٩٦٧/٥/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى ١٨ ص ١١٢٩ .

وصدور التشريعات الاستثنائية تعتبر قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ العقود^(١) . وأن حل الجمعية المستأجرة يستتبع انقضاء شخصيتها القانونية التي كانت تستأجر العين ، مما يجعل تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا لانعدام المستأجر فيفسخ بقوة القانون . ولا ينال من ذلك أن جمعية أخرى قد حلت محل الجمعية المنحلة فكل من الجمعيتين لها شخصية قانونية مستقلة تنشأ بشهر نظامها وتنقضى بحلها^(٢) .

كما قضى بأن وضع الأطنان المبينة تحت التحفظ ليس الاحداثا طارئا يترتب عليه تأجيل ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة دون أن يتمخض عن استحالة قانونية دائمة نقضى الى انقضاء هذه الالتزامات^(٣) . وأن سرقة أخشاب من مخازن الملتزم بتوريد أخشاب لاتصلح سببا لاحتجابه بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه^(٤) .

وهكذا نجد أن المقصود بالاستحالة التي ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قوة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه^(٥) . ويجب أن تكون هذه الاستحالة راجعة الى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه . ويشترط فى السبب الأجنبى أن يكون قد حدث خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، أما السبب الأجنبى الذى يحدث بعد انتهاء تلك الفترة فلا يسوغ للمدين أن يتمسك به للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه^(٦) .

هذا وتقدير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطانها التقديرية متى أقامت قضاها على أسباب سليمة^(٧) .

-
- (١) نقض مننى ١٩٥٩/١١/١٩ - المرجع السابق ١٠ ص ٦٧٧ .
 - (٢) نقض مننى ١٩٧٩/١٢/٢٦ - مدونتنا للنجية - العدد الأول فقرة ١٣٠٩ .
 - (٣) نقض مننى ١٩٦٢/١٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى ١٣ ص ١٩٥٩ .
 - (٤) استئناف القاهرة ١٩٦١/١١/٢١ - المجموعة الرسمية ٦٠ ص ١٥٩ .
 - (٥) نقض مننى ١٩٥٦/٦/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى ٧ ص ٧٨٩ .
 - (٦) نقض مننى ١٩٧٨/١١/٢٧ - المرجع السابق ٢٩ ص ١٧٦٩ .
 - (٧) نقض مننى ١٩٧٩/٣/١٩ - المرجع السابق ٣٠ ص ٨٥٩ .

وغنى عن البيان أنه لايجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة فينتقا مثلا على أن يتحمل المدين بالأثر^(١) .

٢٨٩ - آثار استحالة التنفيذ : يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي أن ينقضى هذا الالتزام ، اذ التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام .

وينقضى الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضى جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله^(٢) .

وفي العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (مادة ١٥٩ منى) . ومعنى هذا أنه فى هذا النوع من العقود تكون تبعة الاستحالة على عاتق المدين ، فى حين أنها تكون على عاتق الدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة . هذا مع ملاحظة أثر الاعذار بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين ، اذ يترتب على الاعذار انتقال تبعة استحالة التنفيذ من الدائن إلى المدين ، إلا إذا أثبت المدين أن الشيء محل الالتزام كاد يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (مادة ٢٠٧ منى) ، أو القوة القاهرة (مادة ٢١٧ / ١ منى) .

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٢٩٠ - التعريف بالتقادم المسقط : هو مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب الدائن به ، فيترتب على ذلك سقوط حقه فى المطالبة اذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه^(٣) .

(١) الادارية العليا ١٩٦٩/٢/١٥ - المحاماة ٤/٥٠ من ١٤١ .

(٢) السهورى - الوسيط ج ٣ ص ٩٨٨ .

(٣) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٤٣٢ .

وسوف نقسم البحث في التقادم المسقط الى فروع ثلاثة . نعرض في أولها لمدة التقادم ، وفي ثانيها لكيفية حساب مدة التقادم ، وفي ثالثها لأثر التقادم .

الفرع الأول مدة التقادم

٢٩١ - القاعدة العامة - التقادم الطويل : تنص المادة ٣٧٤ من القانون المدني على أن «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ..» ، هذه هي القاعدة العامة في التقادم المسقط . وهي تنطبق على جميع الحقوق وجميع الدعاوى التي لم ينص بالنسبة لها على تقادم آخر .

والتقادم المسقط - في قاعدته العامة - لا يقوم على قرينة الوفاء ، بقدر ما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة ، التي مضي عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان اليها واحاطتها بمساج من الثقة المشروعة . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن للمدين أن يتمتع بالتقادم احتياطا ولو كان قد بدأ بالمنازعة في وجود الدين ذاته^(١) . وهو ما لا يستقيم مع فكرة قرينة الوفاء .

وهناك الى جانب التقادم الطويل أنواعا أخرى من التقادم المسقط .

٢٩٢ - التقادم الخمسى : وهو ما كانت مدته خمس سنوات وهو ينصب على ثلاثة أنواع من الحقوق .

أولا : الحقوق الدورية المتجددة : نصت المادة ٣٧٥ مدنى على أن :

١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

(١) استئناف القاهرة ١٢/٢٥/١٩٤٤ - المحاماة ٢٦ من ٦٤١ .

٢ - ولا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية ولا الربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين ، الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

ويقصد بالدورية أن يكون الحق مما يتكرر ويستحق الاداء في مواعيد دورية أيا كانت منها ، كما يقصد بالتجدد أن يكون الحق بطبيعته مستمرا لا ينقطع سواء كان ثابتا أو تغير مقداره من وقت لآخر (١) .

وقد حكم بأن الاشتراكات المستحقة لهيئة التأمينات الاجتماعية تندرج تحت هذا النوع من الحقوق لأنها دورية إذ تستحق في مواعيد محددة ومتجددة لأنها تستحق بصفة مستمرة (٢) . كما قضى بأن الدورية أو التجدد هنا صفتان لصيقتان بدين الأجر ، وهما مفترضتان فيه مابقي حافظا لموضعه ولو تجدد بانتهاء المدة المستحق عنها وأصبح في الواقع مبلغا ثابتا في الذمة لا يدور ولا يتجدد (٣) . وأنه لما كانت المبالغ المطالبة بها - وهي الأجر الاضافي وبدل السكن وبدل السفر - قد روعي في تقريرها لمورث الطاعن أن تكون عوضا عما يتحمله من مشقة العمل والاقامة خارج البلاد ، وهي وإن كانت قد انقطعت بانتهاء فترة انتدابه للعمل بفرع الشركة المطعون ضدها بأديس أبابا الا أنها ظلت تتجدد طالما ظل الانتداب قائما فتعتبر حقا دوريا متجددا ولا تزول عنها هذه الصفة بانتهاء فترة الانتداب وصيرورتها مبلغا ثابتا في الذمة ومن ثم يخضع للتقادم الخمسي (٤) . وأن الالتزام بالتعويض مقابل الانتفاع يتصف بالدورية والتجدد ويجوز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسي (٥) . وأن الحكم بأحقية عامل لفئة وظيفية معينة ينسحب أثره

(١) نقض منى ١٩٨٢/٣/٢٥ - مدونتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ١٠٩٢ .

(٢) القاهرة الابتدائية ١٩٦٧/٥/١٥ - المحاماة ٤٨ ص ١٤٦ .

(٣) نقض منى ١٩٧٩/٥/٥ - مدونتنا الذهبية - العدد الأول - فقرة ١٣٣٥ .

(٤) نقض منى ١٩٨٠/٣/١ - المرجع السابق - فقرة ٨٩٣ .

(٥) نقض منى ١٩٨١/٤/١٦ - المرجع السابق - العدد الثاني - فقرة ١٠٨٩ .

لتاريخ استحقاقه لتلك الفئة ، ولا يترأخى ثبوت الحق في حالة المنازعة إلى تاريخ القضاء به ، وأن لازم ذلك أن تقادم الحق في المطالبة بالآثار المالية المترتبة على الأحقية يبدأ من تاريخ الاستحقاق لا من تاريخ الحكم^(١) . وأن التعبير بكلمتي «المهايا والأجور» في نص المادة ٣٧٥ مدني قد ورد بصيغة عامة بحيث يشمل أجور العاملين سواء كانوا من العمال أو من الموظفين والمستخدمين فيكون قصره على أجور الأخيرين تخصيصا لعموم النص بغير مخصص وهو ما لا يصح^(٢) .

ولا يقوم هذا النوع من التقادم على أساس قرينة الوفاء ، وإنما يرجع إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم منها بعد انقضاء خمس سنوات فأكثر من تاريخ استحقاقها لأفضى ذلك إلى تكليفه بما يجاوز السعة . وهذه القرينة التي يقوم عليها التقادم الخمسي قاطعة لا تقبل الدليل العكسي^(٣) .

وقد استثنى المشرع في المادة ٣٧٥ مدني من نطاق الحقوق الدورية المتجددة الريع المستحق ، في ذمة الحائز سيء النية . والريع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين ، باعتبار أن الدورية والتجدد ليست من صفات هذين النوعين من الحقوق ، وإن بدت كذلك في الظاهر ، وأجرى في شأنها القاعدة العامة في التقادم المسقط . ومن تطبيقات المادة ٣٧٥ أن حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني لا يسرى على التزام الحائز سيء النية برد الثمار^(٤) .

ثانيا : حقوق أصحاب المهن الحرة : نصت المادة ٣٧٦ مدني على أن «تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والمسامرة والأساتذة

(١) نقض مدني ١٩٨٣/٤/٣ - المرجع السابق - فقرة ١٩٩٢ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٧/٢/١٩ - موسوعتنا الذهبية - ج ٤ فقرة ١٦٦٣ .

(٣) الإدارية العليا ١٩٥٥/١١/٢٦ - المحللة ٣٢ ص ٦٨ .

(٤) نقض مدني ١٩٨٢/٥/٦ - موسوعتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ١٠٩٤ .

والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبئوه من مصروفات . وقد قصد المشرع في هذا النص الى تحنيد أصحاب المهن الحرة التي تتقدم حقوقها بخمس سنوات . ولهذا فغيرهم يرجع فيه الى الأصل وتكون مدة التقدم خمس عشرة سنة^(١) .

وأساس هذا التقدم هو قرينة الوفاء . ولذا لا يجوز للمدين التمسك بهذا التقدم اذا أتى عملاً يتنافى وهذه القرينة^(٢) .

هذا وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة (مادة ٣٧٩/٢ مدنى) .

ثالثاً : الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية : نصت على تقدم هذه الحقوق المادة ١٩٤ من القانون التجارى المصرى . وهو نص يدل على أنه لا يخضع للتقدم الخمسى المشار إليه إلا الدعاوى الصرفية التى تنشأ مباشرة عن الورقة التجارية ويرتد مصدرها الى توقيع المدين عليها ، أما الدعاوى غير الصرفية التى تنشأ بمناسبة الورقة التجارية فلا تخضع للتقدم الخمسى بل للتقدم العادى . وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن دعوى رجوع المظهر على المظهر إليه الموكلة فى تحصيل قيمة الورقة التجارية لا تخضع للتقدم الخمسى^(٣) .

٢٩٣ - التقدم الثلاثى : تنص المادة ٣٧٧ مدنى على أنه ١ - تتقدم - بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقدم فى الضرائب والرسوم المنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعاوى التى حررت فى شأنها الأوراق أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

(١) المنهورى - الوسيط ج ٣ ص ١٠٣٤ حاشية ٢ .

(٢) انور سلطان - المرجع السابق ص ٤١٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٥/٢/١١ - مؤنقتا الذهبية - العدد لثالث - فقرة ٦١١ .

٢ - ويتقدم بثلاث سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقدم من يوم دفعها .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة . (صدر القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وحدد مدة تقدم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام بخمس سنوات ما لم ينص القانون على مدة أطول) ^(١) .

ولا يقتصر التقدم الثلاثي على الحقوق الواردة في المادة ٣٧٧ مدني ، بل ينصرف كذلك الى حالات أخرى تناولها القانون المدني في مواد متفرقة . من تلك المادة ١/٧٥٢ مدني بالنسبة للدعوى الناشئة عن عقد التأمين ، المادة ١٤٠ مدني بالنسبة لدعوى الإبطال ، المادة ١/١٧٢ مدني بالنسبة لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع .

ولا يقوم التقدم الثلاثي على قرينة الوفاء ، وإنما يقوم على عدم ارهاق المدين وانتقال كاهله بترام الديون عليه . ولهذا قضت محكمة النقض بجواز التمسك بهذا التقدم ولو بدأ المدين بالمنازعة في التزامه بالدين أو أقر أنه لم يوف به ^(٢) .

٢٩٤ - **التقادم الحولي** : تنص المادة ٣٧٨ مدني على أنه ١ - تقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

(١) أنظر في العديد من نصوص التشريعات الخاصة فيما نحن بصدده : موسوعة مصر للتشريع والقضاء - للمؤلف - ج ١ ص ٣٧٦ حاشية رقم ١ .
(٢) نقض مدني ١٩٥٩/١٢/٣ - مجموعة المكتب الفني ١٠ ص ٧٢٢ نقض مدني ١٩٨٧/٦/١٤ - مدونتنا الذهبية - للعدد الثالث - فقرة ٦٢٧ .
٢٦١

٢ - ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ، ان كانوا قسرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

وأساس التقادم الحولى هو قرينة الوفاء المعززة باليمين .

وقضى تطبقا لما تقدم بأنه يشترط لسقوط الحق بالتقادم الحولى أن يكون للدائن تاجرا بالمعنى المتعارف عليه قانونا ، فلا تعتبر الجمعية التعاونية المنزلية كذلك^(١) .

٢٩٥ - **تحريم الاتفاق على تعديل مدة التقادم :** تنص المادة ١/٣٨٨ مدنى على أنه : ... لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ، وبذلك حظر المشرع الاتفاق على تعديل مدة التقادم سواء فى ذلك الاتفاق على انقاصها أو الاتفاق على اطالتها . هذا لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ، ولا ينبغى أن يترك تطبيقه لمشئته الأفراد^(٢) .

الفرع الثانى

حساب مدة التقادم

٢٩٦ - **كيفية حساب المدة :** تحسب المواعيد كافة بالتقويم الميلادى (مادة ٣ مدنى) . كما تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يدخل فى حسابها اليوم الأول وهو يوم استحقاق الدين ، وتنتهى بانقضاء آخر يوم منها (مادة ٣٨٠ مدنى) . ويدخل فى الحساب أيام الأعياد والمواسم ولو وقعت فى نهاية المدة^(٣) . وقد قضى تطبقا لذلك بأن التقادم الضريبي فى ظل مريان المادة ٩٧ من

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٦٨/٤/٢٩ - المحاماة ١/٤٩ ص ١٤٧ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج - ٣ ص ٣٤٥ .

(٣) انور سلطان - المرجع السابق ص ٤٢٥ .

القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل اضافة المادة ٩٧ مكررا بموجب القانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ لا يبدأ الا من اليوم التالي لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الاقرار^(١) .

٢٩٧ - بدء سريان التقادم : القاعدة أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين . نصت على ذلك المادة ١/٣٨١ منقذ بقولها : لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن مدة سقوط الودائع تبدأ من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فض النزاع إن كانت متنازعا فيها . وفى غير ذلك يبدأ سقوط الحق فى طلب ردها من يوم الايداع^(٢) . كما قضى بأن مبدأ التقادم لا يسرى بالنسبة الى اتعاب الطبيب ، حتى فى حالة الأمراض المزمنة ، الا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لمسبب آخر^(٣) . كما قضى بأن دين الأجر الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقد ، تبدأ مدة التقادم بالنسبة اليه من اليوم التالى لذلك التاريخ^(٤) . وقضى أيضا بأن الالتزام بالتعويض عن قرار ادارى مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقه لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاما احتماليا ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب والمتجدد فى كل عام نتيجة للقرار الادارى المذكور ، ويبدأ التقادم بالنسبة إليه منذ تحققه ، إذ من هذا التاريخ يصبح التعويض مستحق الأداء عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ منقذ - وأنه وإن اشترك طلب هذا التعويض مع التعويض المرفوعة به الدعوى أصلا من حيث المصدر باعتبارهما ناشئين عن قرار إدارى مخالف للقانون فإن

(١) نقض منقذ ١٩٧١/١١/١٠ - مجموعة المكتب القنى ٢٢ من ٨٧٩ .

(٢) الاسكندرية الابتدائية ١٩٣١/٣/١١ - المحاماه ١٢ من ٧٧٩ .

(٣) أميوط الكلية ١٩٤٣/١/٣١ - المحاماه ١٤ من ٦٣٤ .

(٤) نقض منقذ ١٩٣٨/٢/٣ - مجموعة عمر ٢ من ٢٧٣ .

مثل هذا الاتحاد في المصدر لا ينفي عنهما أنهما طلبان مستقلان من حيث أحكام التقادم فلا يعتبر قطع التقادم بالنسبة لأحدهما قطعاً له بالنسبة للآخر^(١).

٢٩٨ - وقف التقادم : يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع^(٢) . ولا يدخل بطبيعة الحال في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثناءها .

وقد نصت المادة ٣٨٢ مدني على سببين لوقف التقادم ، أحدهما عام أي كانت مدة التقادم ، والآخر خاص لا ينطبق الا على التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات .

والسبب العام هو وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . والمانع قد يكون مادياً كالحرب أو أدبياً كعلاقة الابوة والبنوة والزوجية وغيرها ، ولا تعتبر علاقة العمل فيما نحن بصدده مانعاً أدبياً يحول دون مطالبة العامل بحقوقه لأن المشرع كفل له الضمان الكافي لحفظها واستقراره في عمله ولم يعد هناك ما يخشاه من صاحب العمل أن طالبه بهذه الحقوق^(٣) .

أما السبب الخاص فهو أن يكون الدائن غير كامل الأهلية أو أن يكون غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية ، مادام ليس له نائب يمثله قانوناً . ومن الموانع المؤدية الى وقف التقادم أن تكون هناك دعوى جنائية مرفوعة وإن يكون الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعويين المدنية والجنائية مطروحاً على المحكمة الجنائية لتقول كلمتها فيه . والاساس في ذلك هو النزول على ما تقتضيه المادتان ١٠٢ من قانون اثبات و ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية من وجوب تقييد القاضي

(١) نقض مدني ١٩٦٣/٤/١١ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ١٧٢٥ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٩/٢/١٥ - مجموعة المكتب الفني ص ٥٣٩ .

(٣) نقض مدني ١٩٨١/١١/٨ - مدينتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ١١٠١ .

المدنى بما يفصل فيه الحكم الجنائى فصلا لازما من وقوع هذا الفعل والوصف القانونى له ونسبته الى فاعله^(١) .

وفرق بين المانع المؤدى الى وقف التقادم والتقصير الذى لا يستتبع هذا الأثر . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن الاكتفاء بتقديم طلب خفض الأجرة الى الجهة المستحقة لها وإطالة النظر فى قبول هذا الطلب حتى قبل وتم تخفيض الأجرة عما كان مقدرا لها من قبل ، والامساك اختيارا عن المطالبة القضائية بالأجرة المستحقة قانونا ، لا يجوز معه القول بقيام مانع من المطالبة بوقف سريان التقادم^(٢) .

. ويترتب على وقف التقادم أن المدة التى وقف سريان التقادم خلالها لا تحتسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة المابقة والمدة التالية .

واذا وقت مدة التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين (مادة ٢/٢٩٢ مدنى) . وكذلك الحال اذا تحقق سبب لوقف التقادم بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين^(٣) .

ولأن مناطق مسئولية المتبوع ثبوت خطأ التابع فإن رفع الدعوى الجنائية على التابع يعتبر مانعا قانونيا ويتعذر معه على الدائن مطالبة المتبوع بحقه مما ترتب عليه المادة ٣٨٢ مدنى وقف سريان التقادم مابقى المانع قائما^(٤) .

٢٩٩ - انقطاع التقادم : وهو عبارة عن الغاء مدة التقادم السارية نتيجة لاجراء يتخذه الدائن ، أو اقرار يصدر من المدين^(٥) . فأسباب انقطاع التقادم اذن نوعان:

(١) نقض مدنى ١٩٨١/١١/٢٦ - الملعب رقم ١٩٢٣ لسنة ٥٠ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩٨١/٢/١٦ - دونتنا الذهبية - العدد الثانى - فترة ١٠٩٩ .

(٣) اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٤٤٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٥/١٠/٢٤ - دونتنا الذهبية - الفقرة ٦١٣ .

(٥) قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع - متى دفع أمامها بالتقادم - أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع ، إذ أن حصول الانقطاع بحول دون اكتمال مدة التقادم ، مما يقتضى التثبيت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ، = ٢٦٥

١ - أسباب الانقطاع من جانب الدائن : تنص المادة ٣٨٣ منى على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الى محكمة غير مختصة . وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس أو توزيع أو بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى » .

وقد قضى تطبيقاً لهذا النص بأن المادة ٣٨٣ منى حددت وعلى سبيل الحصر الاجراءات التى تقطع التقادم وليس من بينها المطالبة الودية ولو كانت بخطابات مسجلة أو بانذار على يد محضر^(١) . وبأن المطالبة القضائية بالأجر الأساسى تقطع التقادم بالنسبة لغلاء المعيشة والمنع باعتبارها جميعاً أجزاء من كل هو الأجر الاجمالى ومصدره عقد العمل^(٢) . وبأنه لا محل للتمسك بانقطاع التقادم بعد اكتمال مدته^(٣) . وأن الأصل فى الاجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق المراد اقتضاؤه ومتخذاً بين نفس الخصوم بحيث اذا تغير الحقان أو اختلف الخصوم لا يترتب عليه هذا الأثر^(٤) . وأن مجرد التقدم الى لجنة المساعدة القضائية بطلب الاعفاء من الرسوم المستحقة على

- ومن ثم يكون للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه (نقض منى ١٩٨١/١٢/٢٨ - مدونتنا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ١١٠٧) .

(١) استئناف القاهرة ١٩٧٤/٥/١٢ - مدونتنا المدنية والتجارية ١٣١/١٦/١٠ .

(٢) للقاهرة الابتدائية ١٩٧١/٥/١٢ - المرجع السابق ١٢٩/١٦/١٠ .

(٣) نقض منى ١٩٧٢/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى ٢٣ ص ٥٧٧ .

(٤) نقض منى ١٩٧٢/١/١٩ - المرجع السابق ٢٣ ص ٦٧ ؛ نقض منى ١٩٩٠/٥/٧ - الطعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٥٥ ق - غير منشور . وأيضاً ؛ نقض منى ١٩٨٩/٢/٢٢ - الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٥٦ ق - غير منشور جاء به أن الأصل أن التعويض الموروث والتعويض الشخصى حقان متغايران . ذلك أن الدعوى التى يرفعها ورثة المجنى عليه للمطالبة بالتعويض الموروث عنه والذى نشأ حقه فيه بمجرد الأصابة تختلف فى موضوعها وفى أساسها القانونى عن تلك التى يرفعها من حاق به ضرر شخصى مباشر من وفاة المجنى عليه . فالدعوى الأولى موضوعها المطالبة بالتعويض الذى استحققه المورث المجنى عليه قبل وفاته وأصبح جزءاً من تركته وأساسها القانونى هو الميراث الشرعى أما الدعوى الثانية فموضوعها مطالبة بتعويض عن ضرر شخصى مباشر حاق بالمدمى وأساسها القانونى للفعل الضار .

الطلب لا يقطع التقادم^(١) . وأنه يترتب على الحكم ببطلاق الاجراء زوال ما كان لهذا الاجراء من أثر فى قطع التقادم^(٢) . وأن انقطاع التقادم بسبب تقدم الدائن فى توزيع ينتهى أثره بالفصل فى طلب الدائن واستبعاده نهائيا^(٣) . وأن مجرد تحرير مشاركة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع أيهما فى ذاته مدة التقادم^(٤) . وأن الحجز الادارى الموقع ضد الموفى عن المدين لا يقطع مدة التقادم بالنسبة للمدين^(٥) . وأن دعوى الحراسة القضائية انما هى اجراء تحفظى مؤقت ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم^(٦) . وأن المطالبة الحاصلة من الدائن بجزء من المبلغ المبين بسند الدين تقطع التقادم بالنسبة لباقى قيمة السند مادام أن هذه المطالبة الجزئية قد دلت فى ذاتها على قصد الدائن التمسك بحقه فى باقى الدين وكان الثابت أن الحقين غير متقاييرين بل بجمعهما فى ذلك بمصدر واحد^(٧) . وإن الأعمال القاطعة للتقادم تشمل الطلبات العارضة المقدمة من الدائن اذا كان هو المدعى عليه ، كما تشمل تدخله فى دعوى سبق رفعها^(٨) . وإن الادعاء بصورية عقد بيع صادر من المدين لآخر ورفع دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم^(٩) . وأن

-
- (١) استئناف المنصورة ١٩٧١/٤/٤ - المحاماة ١/٥٢ و ٢ من ٨٨ .
(٢) نقض مننى ١٩٦٩/١٠/٢١ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ من ١١٨٣ . كما يزول أثر المطالبة القضائية فى قطع التقادم إذا ترك المدعى الخصومة فى الدعوى حيث يترتب على التركة إلغاء جميع اجراءات الخصومة ومنها صحيفة الدعوى فتزول آثارها (نقض مننى ١٩٨٥/١٢/٢٩ - مونتقا الذهبية - العدد الثالث فقرة ٦١٧)
(٣) نقض مننى ١٩٥٧/١/١٧ - المرجع السابق ٨ من ٦٦ .
(٤) نقض مننى ١٩٦٩/١/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى ٢٠ من ١٠ .
(٥) نقض مننى ١٩٦٨/٢/٢٩ - المرجع السابق ١٩ من ٤٤٣ .
(٦) نقض مننى ١٩٦٦/١١/٢٢ - المرجع السابق ١٧ من ١٧٠٥ .
(٧) نقض مننى ١٩٥٩/١٢/١٠ - المرجع السابق ١٠ من ٧٥٦ ؛ نقض مننى ١٩٨١/١٢/٢٧ - مونتقا الذهبية - العدد الثانى - فقرة ١١٠٦ .
(٨) نقض مننى ١٩٥٨/٣/١٣ - المرجع السابق ٩ من ١٨٧ .
(٩) الحكم السابق .

مقتضيات النظام الإدارى قد مالت بفقہ القضاء الإدارى الى التقرير بأن يقوم مقام المطالبة القضائية فى قطع التقادم ، الطلب أو التظلم الذى يوجهه الموظف الى السلطة المختصة متمسكا فيه بحقه وطالبا أدائه^(١) . وأن الحجز على المنقولات يقطع التقادم ولو لم يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد^(٢) . وأن بقاء ميعاد الطعن بالاستئناف فى الحكم الابتدائى مفتوحا. ليس من شأنه جعل الانقطاع مستمرا وانما بصور الحكم الابتدائى بالدين يزول أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم ويبدأ من تاريخ صدور الحكم تقادم جديد مماثل للتقادم الأول الذى انقطع ، فإذا رفع الاستئناف قبل اكتمال مدة التقادم فإنه يتولد عن رفعه سبب جديد لانقطاع التقادم يستمر حتى صدور الحكم النهائى بالدين الذى بصوره يبدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة^(٣) . وأنه يشترط لانقطاع التقادم أن يتمسك الدائن بحقه فى مواجهة مدينه أثناء السير فى دعوى مقامة ضد الدائن أو تدخل خصما فيها ويبين منه تمسكه ومطالبته بحقه المهدد بالمقوط ، ولا يغير من هذا النظر ما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من قانون المرافعات من أنه اذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لاعلان ذى الصفة ، ذلك أن تصحيح الصفة يجب أن يتم فى الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى ويمدد التقادم^(٤) . وأن المطالبة القضائية لاتقطع التقادم الا اذا تمت بالجراء صحيح بحيث اذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم^(٥) . وأن تقديم

(١) الادارية العليا ١٩٥٦/٦/٢ - المحاماة ٣٨ ص ٣٤٩ .

(٢) استئناف مصر ١٩٣١/٦/١٦ - المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ .

(٣) نقض منى ١٩٨١/٦/١٢ - الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٤٨ ق .

(٤) نقض منى ١٩٧٧/٥/٣ - مجموعة المكتب الفنى ٢٨ ص ١١٠٨ .

(٥) نقض منى ١٩٨٦/٣/٦ - مدونتنا الذهبية - المصد الثالث - فقرة ٦٢٠ وتزول آثار المطالبة القضائية فى قطع التقادم إذا انتهت هذه المطالبة بدون صدور حكم نهائى =

طلب تقدير الاتعاب إلى مجلس نقابة المحامين من المحامي أو الموكل عند الخلاف بينهما على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها هو إعلان بخصوصية تدرتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم^(١) . وأن المقصود بالتنبيه الذي يقطع التقادم هو إعلان السند التنفيذي المتضمن التكليف بالوفاء وأن المشرع لم يشترط عبارات معينة لهذا التكليف فيكفي أى عبارة تدل على تصميم صاحبها على التنفيذ^(٢) . وأن مطالبة الدائن بتسلمه صورة تنفيذية ثانية من أمر الأداء السابق صدوره لصالحه على المدين - وإن كانت تمهد للتنفيذ به - إلا أنها لا تعتبر مطالبة صريحة بالحق المثبت في أمر الأداء والمهدد بالسقوط ، ولا تنصب على أصل الحق بل هي تعالج صعوبة تقوم في سبيل الدائن الذي فقد الصورة التنفيذية الأولى من أمر الأداء . فالحق في استلام صورة تنفيذية ثانية يغير الحق الصادر به الأمر ومن ثم فلا أثر لهذه المطالبة به في انقطاع مدة التقادم^(٣) .

- ٢ - أسباب الانقطاع من جانب المدين : تنص المادة ٣٨٤ منى أن « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمناً .
٢ - ويعتبر اقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازياً تأمينا لوفاء الدين » .

وقد قضى تطبيقاً لهذا النص بأن ابداع المدين الدين خزائن المحكمة لزمة الدائن يتضمن اقراراً من الأول بحق الثاني وبالتالي يقطع التقادم ويظل أثر هذا الابداع في قطع التقادم مستمرا طوال مدة الابداع^(٤) وأن استخلاص الاقرار الضمنى هو من شئون قاضى الموضوع^(٥) . وأن عدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد

- فيها باجابه المدعى الى طلباته كلها أو بعضها، ومثال ذلك أن يصدر الحكم بعدم قبول الدعوى.

- (١) نقض منى ١٩٦٦/١/٤ - موسوعتنا الذهبية ج ٤ فقرة ١٩٧٣ .
(٢) نقض منى ١٩٨١/١٢/٣١ - منونتنا الذهبية - العدد الثاني - فقرة ١١٠٨ .
(٣) نقض منى ١٩٧٩/٤/٣٠ - المرجع السابق - العدد الاول - فقرة ١٣٣٤ .
(٤) نقض منى ١٩٦٨/٤/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى ١٩ ص ٨٦٢ .
(٥) نقض منى ١٩٦٩/١/٣٠ - المرجع السابق ٢٠ ص ٢١٠ .

الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على اقرار ضمنى بالحق^(١) .

ويترتب على انقطاع التقادم - خلافا للوقف - إلغاء المدة السابقة ، فبيدأ احتساب المدة من جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . والأصل فى التقادم الجديد أن يكون مماثلا من حيث طبيعته ومدته للتقادم الأول الذى انقطع (مادة ١/٣٨٥ مدنى) ولكن يستثنى من ذلك حالتان نصت عليهما المادة ٢/٣٨٥ مدنى بقولها : .. اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بأقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . . أما الحالة الثانية فمفادها أنه اذا كانت مدة التقادم الأصلى أقل من ١٥ سنة وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية ، ثم حكم للدائن بحقه وحاز الحكم قوة الأمر المقضى (أى أصبح نهائيا) ، فان حق الدائن لا يسقط بعد ذلك الا بمضى ١٥ سنة . غير أنه اذا كان الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء الا بعد صدور الحكم ، فان مدة التقادم بالنسبة لها تظل ٥ سنوات من يوم استحقاقها^(٢) . وقد قضى تطبيقا لذلك بأن الحكم النواتم المحكوم بها من صفتى الدورية والتجدد^(٣) ، كما قضى بأن الحكم الابتدائى الصادر بالدين برغم حججه المؤقتة فإنه لا يرتب سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة الا اذا أصبح نهائيا سواء بفوات ميعاد استئنافه أو بصنور الحكم فى الاستئناف بتأييده^(٤) . وأنه متى كان الحق المدعى به متنازعا فى جزء منه وقام المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه فإن هذا الوفاء لا ينطوى على اقراره بمديونيته بالجزء متى كان الحق المدعى به متنازعا فى جزء منه وقام المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه هذا الوفاء لا ينطوى على اقراره بمديونيته بالجزء

(١) نقض مدنى ١٩٦٦/١١/٢٢ - المرجع السابق ١٧ ص ١٧٠٥

(٢) اسماعيل غاتم - المرجع السابق ص ٤٥٠ .

(٣) نقض مدنى ١٩٥٩/٣/٢٦ - المرجع السابق ١٠ ص ٢٦٩ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨١/٦/٢٢ - الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٤٨ ق .

من الحق موضوع النزاع أو نزوله عما انقضى من التقادم بالنسبة إليه^(١) .

والمقرر فيما نحن بصدده أن الذي يحدث تغيير مدة التقادم الميسقط للدين في الأحوال التي يحد القانون فيها لسقوطه مدة أقل من المدة العادية هو الحكم النهائي بالالتزام بالدين ، فهو وحده الذي يمكنه أحداث هذا الأثر لما له من قوة تنفيذ تزيد من حصانة الدين وتمده بسبب جديد للبقاء فلا يتقادم الا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وذلك خلافا للحكم الذي يقتصر على مجرد تقرير الحق المدعى به دون الزام المدعى عليه بأداء معين فهو لا يصلح - ولو حاز قوة الامر المقضى - سندا تنفيذا يمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بإجراءات التنفيذ الجبرى^(٢) .

واذ كان الحكم بالتعويض المؤقت - وإن لم يحدد الضرر في مده أو التعويض في مقداره - يحيط بالمسئولية التقصيرية في مختلف عناصرها ويرسي دين التعويض في أصله ومبناه مما تقوم بين الخصوم حجيته وهى المناط بظاهر المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فى تقرير الدين بما يبرر استبدال التقادم الطويل بالتقادم القصير ، وكان لا يسوغ فى صحيح النظر أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزا له ودلالة عليه بل يمتد إلى كل مايتسع له محل الدين من عناصر تقريره ولو بدعوى لاحقة لايرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين استكمالاً له وتعييناً لمقداره ، فهى بهذه العتابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به ومنته خمس عشرة سنة^(٣) .

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٢٧ - المرجع السابق ٢٩ ص ٢٠٤٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/١١/٢٩ - المرجع السابق ٢٩ ص ١٨٣٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٩٠/٥/٢٧ - الطعن رقم ٣٧١٤ لسنة ٥٨ ق - غير منشور .
هذا ولايحدث الحكم النهائي أثره فى تغيير مدة التقادم إلا بالنسبة لمن يكون الحكم حجة عليه وحائزا لقوة الأمر المقضى قبله (نقض مدنى ١٩٨٥/١١/١١ - مدونتنا الذهبية - العدد الثالث فقرة ٦١٤) .

الفرع الثالث

أثر التقادم

٣٠٠ - أثر التقادم : القاعدة أن الالتزام لا ينقضى بمجرد استكمال مدة التقادم ، بل يجب التمسك به من نوى الشأن . نصت على ذلك المادة ٣٨٧ مدنى بقولها : ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف .

وإذا تعدد المديون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لاحدهم فلباقى المدين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين (مادة ١/٢٩٢ مدنى) .

وإذا اكتملت مدة التقادم ، وتمسك به صاحب المصلحة أمام محكمة الموضوع ، سقط الدين بأثر رجعى أى من وقت بدء سريان التقادم . وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذه القاعدة ففصّل فى المادة ٢/٣٨٦ مدنى على أنه : إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات . وتطبيقاً لذلك فإن المبالغ الإضافية لاشتراكات التأمينات الاجتماعية من فوائد وغرامات تتقادم بخمس سنوات باعتبارها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها^(١) .

ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى (مادة ١/٣٨٦ مدنى) . ولكن يشترط لذلك ألا يكون الدين مخالفاً للنظام العام . قضت بذلك محكمة النقض بقولها : يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام .

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٣/١٥ - مؤنقتا الذهبية - العدد الأول - فقرة ٥٨٠ .

ومتى كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام ، فإذا اكتملت مدته فلا يتخلف عنه أى التزام طبيعى^(١) .

ولا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه^(٢) ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون . وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمننا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر اضراما بهم (مادة ٣٨٨ مدنى) . هذا والنزول عن التقادم لا يخضع لأى شرط شكلى ، فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الإرادة يفيد معناه ، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه . والمقرر فى قضاء محكمة النقض أن قاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يمتنع من موقف المدعى ما يستفاد منه حتماً نزوله عن الدفع بالتقادم مما لامعقب عليه فيه مادام استخلاصه سائغاً^(٣) .

٣٠١ - تقادم الالتزام برد الوديعة : تنص المادة ١٧٧ من قانون الضرائب رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تؤول إلى الحكومة نهائياً جميع المبالغ والقيم التى يلحقها التقادم قانوناً ويسقط حق أصحابها فى المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الأنواع المبينة فى النص على سبيل الحصر ، ومنها : أرباح الأسهم وفوائد السندات القابلة للتداول ، الأسهم وحصص التأسيس والسندات وكل القيم المنقولة الأخرى ،

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/٣/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى ٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٩ - مدونتنا الذهبية - المجلد الأول فترة ١٣٣٠ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى ٢٩ ص ١٩٧٧ ، نقض

مدنى ١٩٨٣/٢/٢١ - مدونتنا الذهبية - المجلد الثانى - فترة ١٨٤١ ، نقض مدنى ١٩٩٠/٣/٢٩ - الطعن رقم ٢٢٩٥ لسنة ٥٥ ق ذهب إلى أن عدم تمسك الطاعن بالدفع بالتقادم فى محررته الختامية أمام محكمة الموضوع يعتبر من قبيل التنازل عنه رغم سبق تمسكه بهذا الدفع فى صحيفة الاستئناف .

ودائع الأوراق المالية ، وبصفة عامة كل ما يكون مطلوباً من تلك الأوراق لدى البنوك وغيرها من المنشآت التي تتلقى مثل هذه الأوراق على سبيل الوديعة أو لأى سبب آخر .

والحكم المتقدم يخرج عن القواعد العامة ، إذ هو يسقط حق الدائن دون أن يبرىء المدين ، مع أن الأصل فى التقادم أنه مقرر لصالح المدين ، غير أن النص يبقى المدين ملتزماً أمام الحكومة^(١)

تمت بحمد الله

(١) أنظر فى تقرير هذا التقادم : المنهورى - الوسيط ج ٣ ص ١١٣١ .

فهرس تفصلى بمحتويات الكتاب

الصفحة	تقديم
.....	السيد الاستاذ عصمت الهوارى
٣	وكيل نقابة المحامين - سكرتير التحرير
٧	مقدمة المؤلف

الالتزامات بوجه عام

٩	١ - تعريف الالتزام
٩	٢ - تقسيم الدراسة

القسم الأول فى مصادر الالتزام

١١	٣ - تعريف مصدر الالتزام
----------	-------------------------

الباب الأول العقد

١٣	٤ - تعريف العقد
١٣	٥ - تقسيم البحث

الفصل الأول أركان العقد الركن الأول - التراضى المبحث الأول وجود التراضى

١٣	٦ - التراضى هو تطابق إرادتين
١٤	٧ - التعبير الصادر من الأصل - للصريح والضمنى
١٥	٨ - التعبير الصادر من التلقب
١٨	٩ - آثار النسيئة

الصلحة

- ١٠ - حظر تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ١٨
١١ - توافق الإرادتين ١٩
١٢ - حالات خاصة في القبول ١٩
١٣ - التعاقد فيما بين غائبين ٢٠
١٤ - الوعد بالتعاقد ٢١
١٥ - المعريون ٢٣

المبحث الثاني صحة التراضى

- ١٦ - الأهلية وعيوب الإرادة ٢٤

الفرع الأول الأهلية

- ١٧ - تعريف الأهلية ٢٤
١٨ - تدرج الأهلية بحسب السن ٢٥
١٩ - (أ) الصبي غير المميز ٢٥
٢٠ - (ب) الصبي المميز ٢٥
٢١ - (ج) البالغ الرشيد ٢٥
٢٢ - عوارض الأهلية ٢٦
٢٣ - موانع الأهلية ٢٦

الفرع الثاني عيوب الإرادة

- ٢٤ - حصر عيوب الإرادة ٢٨

أولا - الغلط

- ٢٥ - تعريف الغلط ٢٩
٢٦ - (أ) الغلط الجوهري ٢٩
٢٧ - (ب) الغلط المشترك ٣٠
٢٨ - حسن النية في التمسك بالغلط ٣٠

ثانيا - التخليس

- ٢٩ - تعريف التخليس ٣١

الصفحة

- ٣٠ - (أ) استعمال طرق احتيالية ٣١
٣١ - (ب) التلبس هو الدافع إلى التعاقد ٣٢
٣٢ - اتصال المتعاقد الآخر بالتلبس ٣٢

ثالثا - الإكراه

- ٣٣ - تعريف الإكراه ٣٢
٣٤ - (أ) استعمال وسائل للإكراه ٣٣
٣٥ - (ب) رهبة تحمل على التعاقد ٣٣
٣٦ - مصدر الإكراه ٣٤

رابعا - الاستغلال

- ٣٧ - الغبن والاستغلال ٣٤
٣٨ - (أ) العنصر الموضوعي ٣٥
٣٩ - (ب) العنصر النفسي ٣٥
٤٠ - جزاء الاستغلال ٣٥

الركن الثاني - المحل

- ٤١ - تعريف المحل ٣٦
٤٢ - أولا - شرط الوجود أو إمكانية الوجود ٣٦
٤٣ - ثانيا - شرط التحمين أو القابلية للتعيين ٣٧
٤٤ - ثالثا - شرط القابلية للتعامل ٣٨

الركن الثالث - السبب

- ٤٥ - السبب في نظر القانون المدني المصري ٤٠
٤٦ - ١ - شرط وجود السبب ٤٠
٤٧ - ٢ - شرط مشروعية السبب ٤٠
٤٨ - إثبات السبب ٤١

مبحث مستقل

جزء قواعد تكوين العقد (نظرية البطلان)

- ٤٩ - البطلان المطلق والبطلان النسبي ٤٢
٥٠ - تقرير البطلان ٤٣
٥١ - من له التمسك بالبطلان ٤٣

الصفحة

٥٢ - سقوط الحق في التمسك بالبطلان	٤٤
٥٣ - أولا - الإجازة	٤٤
٥٤ - ثانيا - التقادم	٤٥
٥٥ - نتائج البطلان	٤٥

الفصل الثاني

آثار العقد

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

(أولا) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٥٦ - الخلف العام والخلف الخاص	٤٨
٥٧ - انصراف أثر العقد إلى الخلف العام	٤٨
٥٨ - أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص	٤٩
٥٩ - المسؤولية عن ديون المشروعات المؤممة	٥٠

(ثانيا) أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٦٠ - وضع المسألة بالنسبة للغير	٥١
٦١ - ١ - التمسك عن الغير	٥٣
٦٢ - ٢ - الاشتراط لمصلحة الغير	٥٤

الفرع الثاني

قوة العقد الملزمة بالنسبة للموضوع

(أولا) تحديد موضوع التعاقد

٦٣ - تفسير العقد	٥٤
٦٤ - تحديد نطاق العقد	٥٦
٦٥ - القوة الملزمة للعقد	٥٧
٦٦ - نظرية الحوادث الطارئة	٥٧

(ثانيا) المسؤولية العقدية

٦٧ - نطاق المسؤولية العقدية	٥٩
٦٨ - أركان المسؤولية العقدية	٥٩

١ - الخطأ العقدي

٦٩ - ماهية الخطأ العقدي	٦٠
-------------------------------	----

الصلحة

- ٧٠ - إثبات الخطأ المقتضى ٦٠
٧١ - اشتراط الإعفاء من المسؤولية ٦١

٢ - الضرر

- ٧٢ - عبء إثبات الضرر ٦١
٧٣ - جواز التعويض عن الضرر المستعمل ٦١
٧٤ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي ٦٢
٧٥ - مدى التعويض عن الضرر ٦٢

٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر

- ٧٦ - عبء الإثبات ٦٢

الفصل الثالث

زوال العقد

- ٧٧ - كيف يزول العقد ٦٤

الفرع الأول

انسخ العقد

- ٧٨ - التعريف بالفسخ ٦٤
٧٩ - شروط الفسخ ٦٤
٨٠ - كيف يقع الفسخ ٦٦
٨١ - أولاً - الفسخ بحكم القضاء ٦٦
٨٢ - ثانياً - الفسخ بحكم الاتفاق ٦٧
٨٣ - أثر الفسخ ٦٩
٨٤ - ثالثاً - انقضاء العقد بحكم القانون ٧١
٨٥ - تحمل ائمة العقد ٧١
٨٦ - أثر الانقضاء ٧٢

الفرع الثاني

الدفع بعدم تنفيذ العقد

- ٨٧ - ماهية الدفع بعدم التنفيذ ٧٢
٨٨ - شروط الدفع بعدم التنفيذ ٧٢
٨٩ - أثر الدفع بعدم التنفيذ ٧٤
٢٧٩

الباب الثاني العمل غير المشروع

٩٠ - تقسيم ٧٥

الفصل الأول المسئولية عن الأعمال الشخصية المبحث الأول أركان المسئولية التقصيرية

٩١ - أركان ثلاثة ٧٥

الفرع الأول الخطأ

٩٢ - تحديد فكرة الخطأ ٧٥

٩٣ - ركن الخطأ ٧٦

(أولاً) الركن المادى : التعدى

٩٤ - مقاييس التعدى ٧٦

١/٩٤ - (أ) فى عقد الأيجار ٧٧

٢/٩٤ - (ب) فى عقد العارية ٧٨

٣/٩٤ - (ج) فى عقد المقاوله ٧٨

٤/٩٤ - (د) فى عقد العمل ٧٨

٥/٩٤ - (هـ) فى عقد الوكالة ٧٩

٦/٩٤ - (و) فى عقد الوديعة ٧٩

٧/٩٤ - (ى) فى عقد الرهن الحيازى ٨٠

٩٥ - مسئولية الدولة عن قراراتها فى مختلف الظروف ٨٠

٩٦ - عبء إثبات التعدى ٨١

٩٧ - حالات تجعل التعدى عملاً مشروعاً ٨١

(ثانياً) الركن المعنوى : الإدراك

٩٨ - الإدراك فى الشخص الطبيعى ٨٢

٩٩ - الإدراك فى الشخص المعنوى ٨٣

(ثالثاً) تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

- ١٠٠ - المسؤولية عن الأخطاء الفنية في مزاولة المهنة ٨٤
 ١٠١ - مسؤولية القضاء وأعضاء النيابة العامة ٨٥
 ١٠٢ - حرية النشر ٨٧
 ١٠٣ - فسح الخطبة ٨٨
 ١٠٤ - التعسف في استعمال الحق ٨٨
 ١٠٥ - تنفيذ الأحكام - الجائز - تنفيذها مؤقلاً ٩١

الفرع الثاني

الضرر

- ١٠٦ - ١ - الضرر المادي ٩٢
 ١٠٧ - ٢ - الضرر الأدبي ٩٤
 ١٠٨ - إثبات الضرر ٩٥

الفرع الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

- ١٠٩ - أولاً - تعدد الأسباب ٩٦
 ١١٠ - ثانياً - تسلسل النتائج ٩٧
 ١١١ - إثبات السببية ونفيها ٩٨
 ١١٢ - ١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ٩٨
 ١١٣ - ٢ - خطأ المضرور ٩٩
 ١١٤ - ٣ - خطأ الغير ١٠٠

المبحث الثاني

آثار المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول

دعوى المسؤولية

- ١١٥ - طرقا الدعوى ١٠١
 ١١٦ - الطلبات والدفع ١٠٣
 ١١٧ - الإثبات ١٠٧
 ١١٨ - الطعن في الحكم ١٠٩

الفرع الثاني جزاء المسئولية (التعويض)

- ١١٩ - طريقة التعويض ١١٠
١٢٠ - تقدير التعويض ١١١
١٢١ - الحكم للمضروب بتعويض مؤقت ١١٣
١٢٢ - الحكم للدائن بتعويض تكميلي ١١٤

الفصل الثاني المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

المبحث الأول المسئولية عن عمل الغير الفرع الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة حين هم في رقابته

- ١٢٣ - شرطان لتحقيق المسئولية ١١٥
١٢٤ - ١ - تولى شخص الرقابة على شخص آخر ١١٥
١٢٥ - ٢ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة ١١٦
١٢٦ - أسس المسئولية ١١٧

الفرع الثاني مسئولية المتبوع عن التابع

- ١٢٧ - شرطان لتحقيق المسئولية ١١٨
١٢٨ - ١ - قيام علاقة تبعية ١١٩
١٢٩ - ٢ - خطأ التابع حال تلبية وظيفته أو سببها ١٢٧
١٣٠ - أسس للمسئولية ١٢٣
١٣١ - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع ١٢٤

المبحث الثاني المسئولية الناشئة عن الأشياء الفرع الأول مسئولية حارس الحيوان

- ١٣٢ - شرطان لتحقيق المسئولية ١٢٦

الصفحة

١٣٣ - ١ - حراسة حيوان	١٢٦
١٣٤ - ٢ - إحداث الحيوان ضرراً للغير	١٢٧
١٣٥ - أساس المسؤولية	١٢٧

الفرع الثاني

مسئولية حارس البناء

١٣٦ - شرطان لتحقيق المسؤولية	١٢٧
١٣٧ - ١ - حراسة بناء	١٢٨
١٣٨ - ٢ - تهم البناء هو الذى أحدث الضرر	١٢٨
١٣٩ - أساس المسؤولية	١٢٨

الفرع الثالث

مسئولية حارس الأشياء (المسئولية الشيلية)

١٤٠ - شرطان لتحقيق المسؤولية	١٢٩
١٤١ - ١ - حراسة شئ	١٢٩
١٤٢ - ٢ - وقوع الضرر بفعل الشئ	١٣١
١٤٣ - أساس المسؤولية	١٣١

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

الفصل الأول

القاعدة العامة

١٤٤ - أركان الإثراء بلا سبب	١٣٣
١٤٥ - أولاً - إثراء المدين	١٣٣
١٤٦ - ثانياً - افتقار الدائن	١٣٤
١٤٧ - ثالثاً - انتعدام السبب	١٣٥
١٤٨ - كفاية الأركان الثلاثة	١٣٦
١٤٩ - أحكام الإثراء بلا سبب	١٣٦

الفصل الثاني

دفع غير المستحق

١٥٠ - أركان دفع غير المستحق	١٣٧
-----------------------------	-----

الصفحة

١٥١ - (١) - أن يكون القبض على سبيل الوفاء	١٣٧
١٥٢ - (٢) - أن يقع الوفاء باطلا أو يتقرر بطلانه	١٣٨
١٥٣ - (٣) - ألا يكون الموفى قد قصد بالوفاء التبرع أو التنازل في الحالات التي يصبح فيها ذلك	١٣٩
١٥٤ - تكييف الالتزام برد ما أخذ دون حق	١٤٠
١٥٥ - دعوى استرداد غير المستحق	١٤١
١٥٦ - المدعى والمدعى عليه	١٤١
١٥٧ - الطلبات في الدعوى	١٤١
١٥٨ - سقوط الدعوى	١٤٣

الفصل الثالث

الفضالة

١٥٩ - ماهية الفضالة	١٤٥
١٦٠ - أركان الفضالة	١٤٥
١٦١ - ١ - قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل	١٤٥
١٦٢ - ٢ - نية العمل لمصلحة رب العمل	١٤٥
١٦٣ - ٣ - انعدام التفويض أو الالتزام أو النهي	١٤٦
١٦٤ - التزامات الفضولي	١٤٧
١٦٥ - التزامات رب العمل	١٤٧
١٦٥ - مكررا - سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة	١٤٨

الباب الرابع

القانون

١٦٦ - القانون كمصدر للالتزام	١٤٩
------------------------------------	-----

القسم الثاني

في آثار الالتزام

١٦٧ - تحديد وتقسيم	١٥٣
--------------------------	-----

الفصل الأول

التنفيذ العيني

١٦٨ - شروط التنفيذ العيني	١٥٣
١٦٩ - (أولا) أن يكون ممكنا	١٥٣

الصلحة

- ١٧٠ - (ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين ١٥٤
 ١٧١ - (ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاب للمدين ١٥٤
 ١٧٢ - (رابعاً) إعذار المدين ١٥٥
 ١٧٣ - موضوع التنفيذ العيني ١٥٦
 ١٧٤ - ١ - الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر ١٥٦
 ١٧٥ - ٢ - الالتزام بعمل ١٥٦
 ١٧٦ - ٣ - الالتزام بالامتناع عن عمل ١٥٧
 ١٧٧ - وسائل التنفيذ العيني ١٥٨
 ١٧٨ - الغرامة التهديدية ١٥٨

الفصل الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

- ١٧٩ - طرق التنفيذ بطريق التعويض ١٦٠
 ١٨٠ - (أولاً) التعويض التضامني ١٦٠
 ١٨١ - (ثانياً) التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي ١٦٢
 ١٨٢ - (ثالثاً) التعويض القانوني - الفوائد ١٦٤
 ١٨٣ - سعر الفائدة التأخيرية ١٦٧
 ١٨٤ - فوائد البنوك ١٦٨
 ١٨٥ - جواز تخطي حدود الفائدة ١٦٩

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

- ١٨٦ - تقسيم ١٧١

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

- ١٨٧ - ماهيتها وشروطها ١٧١
 ١٨٨ - أولاً - الشروط المتصلة بحق الدائن ١٧٢
 ١٨٩ - ثانياً - الشروط المتصلة بالمدين ١٧٢
 ١٩٠ - ثالثاً - الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن ١٧٣
 ١٩١ - آثار الدعوى غير المباشرة ١٧٤

المبحث الثاني الدعوى البوليسية (دعوى عدم نفاذ تصرف المدين)

١٩٢ - ماهيتها وشروطها	٢٧٥
١٩٣ - أولا - الشروط المتصلة بالدائن	١٧٥
١٩٤ - ثانيا - الشروط المتصلة بالتصرف للمطعون فيه	١٧٥
١٩٥ - ثالثا - الشروط المتصلة بالمدين	١٧٦
١٩٦ - آثار الدعوى البوليسية	١٧٧
١٩٧ - تقادم الدعوى البوليسية	١٧٨

المبحث الثالث دعوى الصورية

١٩٨ - التعريف بالصورية	١٧٩
١٩٩ - أحكام الصورية	١٧٩
٢٠٠ - دعوى الصورية	١٨١

المبحث الرابع الحق في الحبس

٢٠١ - التعريف به	١٨٣
٢٠٢ - شروط الحق في الحبس	١٨٣
٢٠٣ - (أولا) دينان متقابلان	١٨٣
٢٠٤ - (ثانيا) قيام الارتباط ما بين الدينين	١٨٤
٢٠٥ - كيفية استئصال الحق في الحبس	١٨٥
٢٠٦ - آثار الحق في الحبس	١٨٦
٢٠٧ - واجبات الحبس	١٨٧
٢٠٨ - انقضاء الحق في الحبس	١٨٧

المبحث الخامس نظام الإحصار

٢٠٩ - شروط شهر الإحصار	١٨٨
٢١٠ - إجراءات شهر الإحصار	١٨٩
٢١١ - آثار شهر الإحصار	١٨٩
٢١٢ - انتهاء حالة الإحصار	١٩٠

القسم الثالث فى أوصاف الالتزام

٢١٣ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف ١٩٣

الفصل الأول الشرط والأجل

٢١٤ - للشرط والأجل والتمييز بينهما ١٩٣

المبحث الأول الشرط

٢١٥ - ماهية الشرط ١٩٤

٢١٦ - نوع الشرط ١٩٦

٢١٧ - آثار الشرط ١٩٦

٢١٨ - الآثار الرجعى للشرط ١٩٧

المبحث الثانى الأجل

٢١٩ - ماهية الأجل ١٩٨

٢٢٠ - نوع الأجل ١٩٨

٢٢١ - آثار الأجل ١٩٨

الفصل الثانى تعدد محل الالتزام

٢٢٢ - الالتزام التخييرى والالتزام البدلى ٢٠٠

المبحث الأول الالتزام التخييرى

٢٢٣ - متى يكون الالتزام تخييريا ٢٠٠

٢٢٤ - لمن يثبت حق الخيار ٢٠٠

٢٢٥ - إمكانية تنفيذ أحد الأتاءات أو جميعها ٢٠١

٢٨٧

المبحث الثاني

الالتزام البدلي

- ٢٢٦ - متى يكون الالتزام بدليا ٢٠٢
 ٢٢٧ - لمن يثبت حق الخيار ومصدر هذا الخيار ٢٠٢
 ٢٢٨ - تعيين محل الأداء ٢٠٢
 ٢٢٩ - هلاك محل الالتزام البدلي ٢٠٣

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

- ٢٣٠ - صوراً التعدد ٢٠٤

المبحث الأول

التضامن

- ٢٣١ - التضامن الايجابي والتضامن السلبي ٢٠٤

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(أولاً) في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

- ٢٣٢ - ما يترتب على وحدة المحل ٢٠٤
 ٢٣٣ - ما يترتب على تعدد الروابط ٢٠٥
 ٢٣٤ - ما يترتب على التنبية التبادلية ٢٠٥

(ثانياً) في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

- ٢٣٥ - انقسام الدين ٢٠٦

الفرع الثاني

التضامن بين المدينين

- ٢٣٦ - مصادر التضامن بين المدينين ٢٠٦
 ٢٣٧ - الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ٢٠٧
 ٢٣٨ - الآثار التي تترتب على تضامن المدينين ٢٠٨

(أولاً) في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن

- ٢٣٩ - ما يترتب على وحدة المحل ٢٠٨

الصفحة

٢٤٠ - ما يترتب على تعدد الروابط	٢٠٩
٢٤١ - ما يترتب على التبادلية	٢١٠

(ثانيا) في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

٢٤٢ - انقسام الدين	٢١٢
٢٤٣ - رجوع المدين الموفى على باقى المدينين	٢١٢

المبحث الثانى

عدم القابلية للانقسام

٢٤٤ - أسباب عدم القابلية للانقسام	٢١٣
٢٤٥ - آثار عدم القابلية للانقسام	٢١٣

القسم الرابع

فى

انتقال الالتزام

٢٤٦ - حوالة الحق وحوالة الدين	٢١٥
-------------------------------------	-----

الفصل الأول

حوالة الحق

٢٤٧ - التعريف بحوالة الحق	٢١٥
٢٤٨ - شروط انعقاد الحوالة	٢١٥
٢٤٩ - شروط نفاذ الحوالة	٢١٦
٢٥٠ - آثار الحوالة	٢١٨
٢٥١ - علاقة المحال له بالمحال عليه	٢٢٠
٢٥٢ - علاقة المحال له بالتغير	٢٢٠

الفصل الثانى

حوالة الدين

٢٥٣ - التعريف بحوالة الدين	٢٢٢
٢٥٤ - انعقاد الحوالة ونفاذها	٢٢٢
٢٥٥ - آثار الحوالة	٢٢٣
٢٥٦ - أولا - علاقة المحل بالمحال عليه	٢٢٣
٢٨٩	

الصفحة

٢٥٧ - ثانيا - علاقة الدائن بالمحال عليه	٢٢٤
٢٥٨ - ثالثا - علاقة الدائن بالمحيل	٢٢٤
٢٥٩ - الحوالة بتفلق الدائن والمحال عليه	٢٢٥

القسم الخامس

فى

انقضاء الالتزام

٢٦٠ - أسباب الانقضاء	٢٢٧
----------------------------	-----

الفصل الأول

الوفاء

٢٦١ - ماهية الوفاء	٢٢٧
٢٦٢ - طرق الوفاء	٢٢٧
٢٦٣ - أولا - للموفى	٢٢٧
٢٦٤ - ثانيا - للموفى له	٢٢٩
٢٦٤ - مكررا - الوفاء بقيمة الورقة التجارية	٢٢٩
٢٦٥ - محل الوفاء	٢٣١
٢٦٦ - زمان ومكان الوفاء	٢٣٢
٢٦٧ - نفقت الوفاء	٢٣٣
٢٦٨ - إثبات الوفاء	٢٣٣
٢٦٩ - إعتذر الدائن والمرضى للحقيقى	٢٣٤
٢٦٩ - مكررا - المعارضة فى الوفاء بقيمة الورقة التجارية	٢٣٤
٢٧٠ - الوفاء مع الحلول	٢٣٥

الفصل الثانى

ما يعادل الوفاء

٢٧١ - تقسيم	٢٣٩
-------------------	-----

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٢٧٢ - تعريف الأركان التى يقوم عليها	٢٣٩
٢٧٣ - آثار الوفاء بمقابل	٢٤٠

٢٩٠

المبحث الثاني التجديد والإتابة في الوفاء

٢٧٤ - تعريف التجديد وشروطه	٢٤٠
٢٧٥ - آثار للتجديد	٢٤٣
٢٧٦ - تعريف الإتابة في الوفاء	٢٤٤
٢٧٧ - الإتابة الكاملة والإتابة الناقصة	٢٤٤

المبحث الثالث المقاصة

٢٧٨ - تعريف المقاصة وشروطها	٢٤٥
٢٧٩ - الدينون التي لا تجوز فيها المقاصة	٢٤٧
٢٨٠ - شهر الإفلاس والمقاصة في المصائب الجارية	٢٤٨
٢٨١ - آثار المقاصة	٢٤٩
٢٨٢ - المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية	٢٥٠

المبحث الرابع اتحاد الذمة

٢٨٣ - التعريف باتحاد الذمة وحالاتها	٢٥٠
٢٨٤ - آثار اتحاد الذمة	٢٥٢

الفصل الثالث انقضاء الالتزام دون وفاء

٢٨٥ - تقسيم	٢٥٣
-------------------	-----

المبحث الأول الإبراء

٢٨٦ - تعريف الإبراء وشروطه	٢٥٣
٢٨٧ - آثار الإبراء	٢٥٤

المبحث الثاني استحالة التنفيذ

٢٨٨ - متى تتمتع استحالة التنفيذ	٢٥٤
٢٩١	

الصفحة

٢٨٩ - آثار استحالة التنفيذ ٢٥٦

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٢٩٠ - التعريف بالتقادم المسقط ٢٥٧

الفرع الأول

مدة التقادم

٢٩١ - القاعدة العامة - التقادم للطول ٢٥٧

٢٩٢ - التقادم الخمس ٢٥٧

٢٩٣ - التقادم الثلاثي ٢٦٠

٢٩٤ - التقادم الحولي ٢٦١

٢٩٥ - تحريم الاتفاق على تعديل مدة التقادم ٢٦٢

الفرع الثاني

حساب مدة التقادم

٢٩٦ - كيفية حساب المدة ٢٦٢

٢٩٧ - بدء سريان التقادم ٢٦٣

٢٩٨ - وقف التقادم ٢٦٤

٢٩٩ - انقطاع التقادم ٢٦٥

الفرع الثالث

أثر التقادم

٣٠٠ - أثر التقادم ٢٧٢

٣٠١ - تقادم الالتزام برد الوديعة ٢٧٣

فهرس الكتاب ٢٧٥

للمؤلف

- ١ - الحجز تحت يد البنوك سنة ١٩٦٤
- ٢ - الحجز الإدارى علما وعملا سنة ١٩٦٧
- ٣ - منازعات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٦٩
- ٤ - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية سنة ١٩٧٥
- ٥ - الحجز الإدارى علما وعملا (طبعة ثانية) سنة ١٩٧٦
- ٦ - الحجز الإدارى علما وعملا (طبعة ثالثة) سنة ١٩٨١
- ٧ - طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية (طبعة ثانية) سنة ١٩٨٣
- ٨ - الوجيز فى النظرية العامة للالتزام سنة ١٩٨٤
- ٩ - منازعات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية (طبعة ثانية) ... سنة ١٩٨٨
- ١٠ - الاستئناف فى الأحكام المدنية والتجارية سنة ١٩٨٩
- ١١ - الوجيز فى النظرية العامة للالتزام (طبعة ثانية) سنة ١٩٩١
- ١٢ - مدونة التشريع والقضاء فى المواد المدنية والتجارية (مدنى - تجارى مرافعات - اثبات) مجموعة يتم تزويدها دوريا بالجديد فى التشريع والقضاء والتعليقات الفقهية (٥ كلاسير) سنة ١٩٧٠
- ١٣ - مدونة التشريع والقضاء فى مواد القوانين الخاصة (أحوال شخصية - اصلاح زراعى - تأمينات اجتماعية - حجز ادارى - عمل مدنى بالحكومة - عمل بالقطاع الخاص - عمل بالقطاع العلم - ايجار الأماكن) مجموعة يتم تزويدها دوريا بالجديد فى التشريع والقضاء والتعليقات الفقهية (٨ كلاسير) سنة ١٩٧٣
- ١٤ - الموسوعة الذهبية للمبادئ القانونية التى أصدرتها محكمة النقض المصرية بدائرتها المدنية والجنائية - منذ انشائها فى عام ١٩٣١ وحتى عام ١٩٧٩ (٢٠ مجلدا و ٢ فهرس) سنة ١٩٨١
- ١٥ - المدونة الذهبية للمبادئ القانونية التى أصدرتها محكمة النقض المصرية بدائرتها الجنائية والمدنية - صدر منها حتى الآن .
(أ) العدد الأول من الإصدار المقتضى : يضم مبادئ عام ١٩٨٠ .
(ب) العدد الأول من الإصدار المقتضى : يضم مبادئ عام ١٩٨٠ .
(ج) العدد الثانى من الإصدار المقتضى : يضم مبادئ الفترة من أول عام ١٩٨١ حتى آخر يونيه عام ١٩٨٤ (٢ مجلد) .

(د) العدد الثاني من الاصدار الجنائى : يضم مبادئ الفترة من أول عام ١٩٨١ حتى آخر يونيه عام ١٩٨٥ .

(هـ) العدد الثالث من الاصدار المبنى : يضم مبادئ الفترة من أول أكتوبر عام ١٩٨٥ حتى آخر يونيه عام ١٩٨٧ .

(و) العدد الثالث من الاصدار الجنائى : يضم مبادئ الفترة من أول أكتوبر عام ١٩٨٥ حتى آخر يونيه عام ١٩٩٠ .

١٦ - موسوعة مصر للتشريع والقضاء : تقنين موضوعى لكافة التشريعات المعمول بها فى مصر حتى مستوى للقرار الوزارى - الصادرة منذ عام ١٨٥٤ وحتى يومنا هذا وفى المستقبل باذن الله - معدلة وفقا لآخر تعديل ، ومرتبطة موضوعاتها ترتيبا مجليا ، ومعلقة عليها بأهم وأحدث المبادئ القانونية التى قررتها وتقررها بحكمنا النقض والادارية العليا .
وقد صدر منها حتى الآن :

● الجزء الأول : يضم : مقدمة ، عرض موضوعى لمبادئ القضاء فى مادة التشريع ، الدستور ، القانون المبنى .

● الجزء الثانى : يضم : قانون التجارة ، القانون البحرى ، قانون الاتبات ، قانون المرافعات .

● الجزء الثالث : يضم : قانون العقوبات ، قانون الاجراءات الجنائية ، قانون النقض الجنائى .

● الجزء الرابع : يضم تشريعات : آثار ومتاحف ، أجناب ، اجتماعات ومظاهرات وتجمهر ، أحداث ، أحزاب سياسية ، أحوال شخصية ، أحوال مختبة .

● الجزء الخامس : يضم تشريعات : إذاعة وتليفزيون ، أزهر ، استثمار المال العربى والأجنبى ، استصلاح الأراضى ، المكان ، أسلحة وذخائر ومفرقات .

● الجزء السادس : يضم تشريعات : أشياء ضائعة ، اصلاح زراعى ، أعياد ومواسم ، أمن الدولة ، أموال للدولة .

● الجزء السابع : يضم تشريعات : أموال مصادرة ، أوسمة وانواط مدنية ، ايجار الأمكن ، باعة متجولون ، بترول وثروة معدنية ، براءات الاختراع والملكية الصناعية .

- الجزء الثامن : يضم تشريعات : بريد ، بناء وهدم ، بورصات ، تأمين ، تأمين .
- الجزء التاسع : يضم تشريعات التأمينات الاجتماعية .
- الجزء العاشر : يضم تشريعات : تجارة داخلية ، تخطيط قومي ، تربية وتعليم ، تسول ، تشريع .
- الجزء الحادي عشر : يضم تشريعات : تصدير واستيراد ، تعاون .
- الجزء الثاني عشر : يضم تشريعات : تعبئة علمة ولحصاء ، تطعيم عالي تصدير وتخطيط عمراني ، تلوث البيئة .
- الجزء الثالث عشر : يضم تشريعات : تموين وتسمير جبرى ، تنظيم وإدارة ، تسييرات بسبب الحرب ، ثقافة (فنون وأداب) ، ثورة يوليو ١٩٥٢ ، جبانات ، جمارك .
- الجزء الرابع عشر : يضم تشريعات : جمعيات ومؤسسات خاصة ، جنسية ، جوازات السفر وإقامة الأجانب ، حالة جنائية ، حجر صحي ، حجز ادارى ، حراس خصوصيون ، حراسة ، حقوق سياسية ، حكم محلى (إدارة محلية) ، خدمة عسكرية ووطنية ، خمور .
- الجزء الخامس عشر : يضم تشريعات : دخان وتمباك ، دعارة ، دعاية وإعلان ، دفاع مدنى وشعبى ، دغمة ، دور الكتب والوثائق ، ديانات غير اسلامية ، دين اسلامى ، رئاسة الدولة ، رقابة ادارية ، رى وصرف ، زراعة .
- الجزء السادس عشر : يضم تشريعات : سجون ، سكك حديدية ، ملك دبلوماسى وقنصلى ، سميرة عقارية ، مندات التنمية ، سياحة وفنادق ، شهاب ورياضة ، شرطة وأمن عام ، شركات .
- الجزء السابع عشر : يضم تشريعات : شعار الدولة وخاتما ، شهادات إدارية ، شهر عقارى وتوثيق ، شواطىء ، شئون اجتماعية ، صحافة واعلام ، صحة ونظافة عامة ، صناعة حربية ، صناعة مدنية ، صبارفة ومحصلون ، صيد ، صنبلة ودواء .
- الجزء الثامن عشر : يضم تشريعات : ضرائب ورسوم ، طب ومهن ومنشآت طبية ، طرق وكبارى ، طيران مدنى .

رقم الايداع / ٢١٤

دار الطباعة الحديثة

٦ كنيسة الأرمن - أول شارع الجيش
تليفون - ٩٠٨٣١٨

